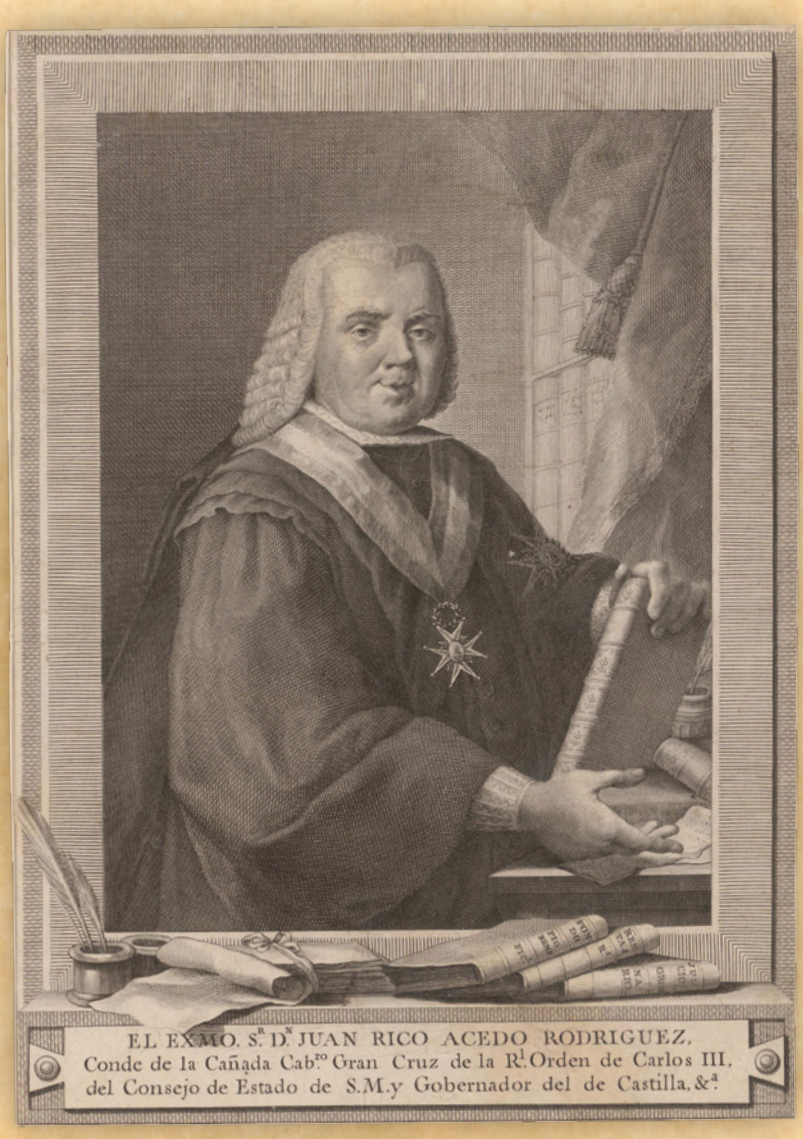
JUICIOS CIVILES

Y RECURSOS DE FUERZA

Juan Acedo-Rico, conde de la Cañada



TOMO PRIMERO - 1794

Leyes Históricas de España
Boletín Oficial del Estado

JUICIOS CIVILES Y RECURSOS DE FUERZA

JUICIOS CIVILES Y RECURSOS DE FUERZA

Tomo primero - 1794

Por
Don Juan Acedo-Rico, conde de la Cañada

Prólogo por Juan de la Barreda Acedo-Rico

Estudio jurídico por Miguel Pino Abad

LEYES HISTÓRICAS DE ESPAÑA
AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2025

Primera edición: junio de 2025

En cubierta: Grabado de la época, conservado de la Biblioteca Nacional de España,
que representa a don Juan Acedo-Rico con la banda de caballero de la Orden de Carlos III.

Director de la colección: Feliciano Barrios Pintado.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, para esta edición.
© Por el prólogo, Juan de la Barreda Acedo-Rico.
© Por el estudio jurídico Miguel Pino Abad.

https://cpage.mpr.gob.es

NIPO en papel: 144-25-071-7
NIPO en línea, PDF: 144-25-072-2
ISBN: 978-84-340-3067-1
Depósito Legal: M-12166-2025

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54, 28050 Madrid

ÍNDICE GENERAL

Página

Prólogo, por Juan de la Barreda Acedo-Rico:

1. La infancia de don Juan Acedo-Rico, sus estudios. Licenciaturas y Doctorado X
2. El prestigio profesional de don Juan Acedo-Rico X
3. La amistad con el conde de Aranda. Su integración en el partido aragonés. Alcalde de Casa y Corte XI
4. Nuevos e importantes cargos. Consejero togado del Consejo de Hacienda y Ministro del Consejo de Castilla XI
5. Don Juan Acedo-Rico, Ministro de la Cámara de Castilla..... XII
6. Las luchas e intrigas políticas de su época. Los enfrentamientos entre los condes de Aranda y de Floridablanca XII
7. Don Juan Acedo-Rico, conde de la Cañada, Gobernador del Consejo de Castilla y Consejero de Estado XIII
8. Ajuste de cuentes entre los condes de Aranda y de Floridablanca. La persecución política contra Floridablanca XIII
9. Caída del conde de Aranda. Su persecución política. La complicada situación del conde de la Cañada XIV
10. Destitución del conde de la Cañada como Gobernador del Consejo de Castilla y de la Cámara de Castilla. Continuación como miembro del Consejo de Estado. XV
11. Referencia de otros autores sobre incidentes posteriores a su cese XV
12. Presencia de don Juan Acedo-Rico en grandes proyectos de la Monarquía... XVI
13. Cargos desempeñados durante el reinado de Carlos III XVIII
14. Las obras jurídicas del conde de la Cañada: Juicios civiles y Recursos de fuerza XVIII
15. Juicio de valor y opinión sobre las obras procesales de don Juan Acedo-Rico, de don Miguel de Mendinueta, Ministro del Consejo de Castilla XIX

Página

16. Juicio de valor y opinión sobre las obras procesales de don Juan Acedo-Rico, de don José Fita, Fiscal del Consejo de Castilla, y don José Miguel de Flores, del Consejo de S. M. y Alcalde de su Real Casa y Corte XIX
17. Remisión de las obras procesales al conde de Floridablanca y su juicio de valor sobre ellas, 5 de marzo de 1789 XX
18. Publicación de la obra en 1794 XX
19. Otras dos obras del mayor interés para el público y para el reino. Folio 23 del Memorial XXI
20. Recapitulación XXII
21. La Ilustración española en el reinado de Carlos III y don Juan Acedo-Rico, conde de la Cañada XXIII

Apéndice. Los dos matrimonios de don Juan Acedo-Rico. La sucesión del primer conde de la Cañada XXIV

Estudio jurídico de la obra de don Juan Acedo-Rico, por Miguel Pino Abad XXVII

TOMO PRIMERO

INSTITUCIONES PRÁCTICAS DE LOS JUICIOS CIVILES ASÍ ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS, EN TODOS SUS TRÁMITES, SEGÚN QUE SE EMPIEZAN, CONTINÚAN Y ACABAN EN LOS TRIBUNALES REALES. POR EL CONDE DE LA CAÑADA 47

TOMO SEGUNDO

OBSERVACIONES PRÁCTICAS SOBRE LOS RECURSOS DE FUERZA: MODO Y FORMA DE INTRODUCIRLOS, CONTINUARLOS Y DETERMINARLOS EN LOS TRIBUNALES REALES SUPERIORES. POR EL CONDE DE LA CAÑADA 9

PRÓLOGO

DON JUAN ACEDO-RICO
CONDE DE LA CAÑADA

La figura de don Juan Acedo-Rico, primer Conde de la Cañada, es difícil abarcarla en esta pequeña reseña y sería necesario un estudio más amplio para tener una visión adecuada de tan interesante personaje.

Don Juan Acedo Rico, (1726-1795), (o Rico y Acedo como también se le menciona), pertenecía a una familia hidalga de un pueblo de Extremadura, –"El Acebo"–, en el obispado de Coria, provincia de Cáceres. Nació en el Acebo el 20 de abril de 1726, siendo bautizado en su Parroquia de N.ª S.ª de los Ángeles el 7 de junio de 1726; y falleció en Madrid el 18 de diciembre de 1795, a los 69 años de edad, siendo enterrado en la Parroquia de San Sebastián de dicha capital.

De su ascendencia de su casa de los Rico de Luarca en Asturias y de la Casa Infanzona de Acedo en Navarra, puso gran cuidado en dejarla debidamente justificada y acreditada.

Don Juan Rico de Luarca y Martínez de Muñas, su tercer abuelo, bajó desde Asturias (Luarca) a Extremadura y fue el primero que se avecindó en el Acebo, en la provincia de Cáceres, donde en 1614, presentó dos memoriales, para ser recibido como hijodalgo, que acreditaban ser descendiente legítimo por línea recta de varón de la *Casa solar de los Ricos,* en Luarca, en Asturias, una de las más principales y antiguas del Principado, donde siempre estuvieron empadronados como hijodalgo y sirvieron como tales los oficios de la República.

Su abuelo don Alonso Rico y Hernández, nacido en el Acebo en 1644, casó en 1669 con doña Marina Acedo y Rodríguez de Trejo, nacida también en dicha población, descendiente de la Casa Infanzona de Acedo en el Reino de Navarra, cuya ascendencia se cuidó también de dejar debidamente acreditada.

> *Por este matrimonio se unieron en uno solo los apellidos de Rico y Acedo; y aunque en un principio se usaron en el orden indicado de Rico y Acedo, posteriormente se antepuso este último al de la varonía de Rico, debido posiblemente a algún mayorazgo de la Casa de Acedo, o simplemente por razones fonéticas, pero usando como armas de tal linaje únicamente las de la línea paterna. Desde entonces, hace ya más de trescientos cincuenta años, continúa la casa Acedo-Rico usando así ambos apellidos.*

Don Juan tuvo mucho cuidado de que tanto él, como todos sus hijos, estuvieron empadronados como hijodalgo en las tres poblaciones que eran de su interés, en El Acebo, (Cáceres), en Madrid, y en Luarca, (Asturias).

Obtuvo *Ejecutoria de Hidalguía* en la Real Chancillería de Valladolid, en 20 de noviembre de 1773; fue *Caballero de la Real y Distinguida Orden de Carlos III*, en 1774 (A. H. N. exp. núm. 13, figura con los apellidos de Rico Acedo), y posteriormente, en 1792, *Caballero Gran Cruz* de la misma, dignidad que siempre, y muy en especial en los primeros años de vida de dicha Orden, estuvo reservada a las grandes casas de la Monarquía, y a los grandes servidores del Estado; fue *Caballero del Cuerpo Colegiado de la Nobleza de Madrid*, en 1787, y Diputado del mismo en 25 de junio de 1789. Por último fue merecedor de la alta dignidad de Título de Castilla, con la denominación de *Conde de la Cañada,* para sí, sus hijos y sucesores, con el Vizcondado previo de la Sierra. Dicha concesión tuvo lugar por Real Decreto de Carlos IV de 12 de noviembre de 1789, -aunque la mayor parte de sus méritos y servicios corresponden al reinado de Carlos III-.

1. LA INFANCIA DE DON JUAN ACEDO-RICO, SUS ESTUDIOS. LICENCIATURAS Y DOCTORADO

La valía de don Juan Acedo Rico quedó muy patente desde los primeros momentos de su infancia. Ingresó en la Facultad de Leyes de Salamanca en 1743, cuando tenía 17 años, y cursó estudios en esa Facultad hasta el año 1749, consiguiendo el grado de Bachiller, y superó el examen correspondiente en marzo de 1749; posteriormente consiguió también el grado de Licenciado en Leyes, permaneciendo en Salamanca el tiempo necesario para recibir ambos grados.

En los siglos XVI, XVII y la mayor parte del XVIII lo que confería prestigio académico era el cultivo y la enseñanza del Derecho Romano y del Derecho Canónico; el estudio de la Leyes del Reino era una actividad más propia de juristas prácticos.

El graduado en Leyes que quería dedicarse al ejercicio de la profesión de abogado necesitaba además seguir una pasantía en el despacho de un abogado y debía superar también un examen ante las Audiencias, las Chancillerías o el Consejo de Castilla.

Don Juan Acedo Rico presentó instancia dirigida al Consejo de Castilla, en 29 de julio de 1752, en la que acompañaba la certificación de que había practicado durante tres años como pasante del abogado Bernardino José Herreros, y tras expresar su deseo de ser recibido como abogado de los Reales Consejos, pedía que se le señalara el preceptivo pleito que era necesario para realizar el examen de ingreso en la abogacía y fuera admitido como tal. Superó con éxito dicho examen y fue recibido como abogado de los Reales Consejos, ingresando en el Colegio de Abogados de Madrid en dicho año. Para más datos ver el interesante trabajo de don Manuel Chacón Cadenas en el Libro Homenaje al profesor Andrés de la Oliva Santos, año 2015

2. EL PRESTIGIO PROFESIONAL DE DON JUAN ACEDO-RICO

Su gran capacidad de trabajo y su laboriosidad, sumada a sus amplios conocimientos jurídicos y a unas formidables aptitudes para el ejercicio de la abogacía, hicieron que muy pronto alcanzara y consolidara un extraordinario prestigio en esa profesión. Hasta tal punto fue así que algunos integrantes de las élites sociales y

económicas de la España de entonces le encargaron la dirección jurídica en los procesos que sostenían como litigantes.

En este sentido el más destacado de sus clientes fue el infante don Luis, -don Luis Antonio Jaime de Borbón y Farnesio-, sexto hijo de Felipe V, y hermano de los reyes Fernando VI y Carlos III.

Aún se conservan en la Biblioteca Nacional de España algunos dictámenes jurídicos emitidos por don Juan Acedo Rico, que asombran tanto por la extensión y profundidad de los conocimientos jurídicos exhibidos, como por la precisión, el rigor y la claridad de los razonamientos jurídicos que contienen.

3. LA AMISTAD CON EL CONDE DE ARANDA. SU INTEGRACIÓN EN EL PARTIDO ARAGONÉS. ALCALDE DE CASA Y CORTE

Durante la época en que don Juan ejerció la abogacía trabó amistad con uno de los políticos españoles más poderosos de aquel tiempo: don Pedro Pablo Abarca de Bolea, Conde de Aranda. Acedo Rico se integró en el grupo político encabezado por el Conde de Aranda, conocido como partido arandista ó aragonés, en atención a su líder y al origen regional de éste, que había nacido en la localidad oscense de Siétamo. Los componentes del partido aragonés pertenecían, en su mayoría, a la nobleza.

En 1765, el Conde de Aranda fue nombrado Presidente del Consejo de Castilla, el órgano con más poder en aquel tiempo; desde allí procuró favorecer el nombramiento de personas con ideología afín a la suya para los más importantes cargos de gobierno y judiciales de la nación, con la finalidad de llevar a cabo el programa ilustrado y reformista que él había proyectado. Una de esas personas fue don Juan Acedo Rico, al que impulsó desde sus inicios su carrera judicial y política.

Por Real Decreto de 22 de mayo de 1767, emitido en Aranjuez, el Rey nombró a don Juan, a propuesta del Conde de Aranda, Alcalde de Casa y Corte.

En 12 de Junio de 1772 don Juan Acedo Rico, a través de su procurador, presentó en la Sala de los Alcaldes de los Hijosdalgo de la Chancillería de Valladolid demanda de reconocimiento de hidalguía contra el Fiscal de S. M. y contra el Concejo del Acebo, como descendiente directo por línea paterna de un hidalgo llamado Juan Rico, su tercer abuelo, que había vivido en la villa de Luarca, y que había venido y casado en esta localidad del Acebo, en Cáceres. La Sentencia favorable se dictó en 13 de octubre de 1773. Posteriormente, en 1774, ingresó en la Orden de Carlos III, que era una de las Órdenes más prestigiosas en aquel tiempo.

4. NUEVOS E IMPORTANTES CARGOS. CONSEJERO TOGADO DEL CONSEJO DE HACIENDA Y MINISTRO DEL CONSEJO DE CASTILLA

Por R. D. de 13 de junio de 1770, fue nombrado para ocupar una plaza de Consejero togado del Consejo de Hacienda, estableciendo su residencia en la calle de Atocha de Madrid, frente a la antigua iglesia de Santo Tomás, situada cerca de la actual plaza de Santa Cruz.

En el mes de marzo de 1773, a propuesta del Conde de Aranda, Presidente del Consejo, fue nombrado Ministro del Real y Supremo Consejo de Castilla, lo que significaba un salto cualitativo inmenso en el marco de la organización judicial y política de aquel tiempo, porque el Consejo de Castilla era el órgano más poderoso

de todos los que desempeñaban funciones legislativas, gubernativas, judiciales y consultivas. Don Juan Acedo Rico aceptó el cargo el 7 de marzo de dicho año.

En el año siguiente 1774, figuraba con una comisión específica dentro del Consejo de Castilla, la de Juez de Competencias, en la que se reconocen sus conocimientos en materia procesal, y está encargado de resolver los conflictos y cuestiones de jurisdicción y de competencia, entre este y los distintos Consejos, y entre los otros Consejos entre sí. En esta ocasión pasó a residir enfrente de la Puerta de Moros de Madrid.

5. DON JUAN ACEDO-RICO, MINISTRO DE LA CÁMARA DE CASTILLA

En 1773 el Conde de Aranda fue apartado de la Presidencia del Consejo y nombrado Embajador en Francia, lo que no impidió que don Juan Acedo-Rico continuara ejerciendo como Ministro del Consejo de Castilla, y consolidara su posición política y judicial, ocupando los cargos de gran importancia y responsabilidad que se refieren en el memorial que posteriormente mencionaremos.

En 20 de Enero de 1776 fue nombrado Ministro de la Cámara de Castilla. Se convirtió así en un "camarista". Era un cargo de gran influencia, porque la Cámara de Castilla, que estaba integrada por algunos de los miembros del Consejo de Castilla, tenía la atribución de proponer al Rey las personas que podían ser nombradas para los cargos judiciales y gubernativos más relevantes.

6. LAS LUCHAS E INTRIGAS POLÍTICAS DE SU ÉPOCA. LOS ENFRENTAMIENTOS ENTRE LOS CONDES DE ARANDA Y DE FLORIDABLANCA

En 19 de febrero de 1777 tomó posesión como Secretario del Despacho de Estado, es decir primer ministro, el brillante jurista y político don José Moñino y Redondo, Conde de Floridablanca, lo que significaba su encumbramiento al más alto cargo de la vida política española, manteniéndose en el cargo hasta el 28 de febrero de 1792, en tiempos de Carlos IV, (durante 15 años). El Rey Carlos III había fallecido en 1788.

Inicialmente el Conde de Floridablanca formó parte de los seguidores del Conde de Aranda, quién había sido valedor de aquel, como también lo fue de don Juan Acedo Rico. Pero progresivamente Floridablanca y Aranda fueron asumiendo posiciones políticas distintas.

Estas discrepancias estaban controladas en tiempos de Carlos III, que mantenía su total autoridad, y quería servirse de la valía de ambos, pero no ocurrió lo mismo a partir de 1788 en el reinado de su hijo. En los últimos años del gobierno de Floridablanca, estas divergencias desembocaron en un áspero enfrentamiento entre ambos políticos y sus respectivos correligionarios.

En esta lucha, abierta a veces, y soterrada en otras ocasiones, don Juan Acedo Rico, conde de la Cañada, participó activamente a favor de su mentor el conde de Aranda. Don Juan había adquirido con el paso del tiempo una enorme influencia dentro del Consejo de Castilla, al haberse convertido en el Decano del Consejo, o sea, el más veterano de los Ministros.

El 14 de abril de 1791 fue nombrado Gobernador del Consejo de Castilla don Juan de Silva Pacheco y Meneses, Conde de Cifuentes, Marqués de Alconchel, seguidor de Floridablanca.

El 28 de febrero de 1792, como consecuencia del continuo acoso al que fue sometido, fue cesado Floridablanca, y el Rey nombró al Conde de Aranda, Secretario de Estado, es decir primer ministro, el cargo más importante en la organización existente en aquella época.

7. DON JUAN ACEDO-RICO, CONDE DE LA CAÑADA, GOBERNADOR DEL CONSEJO DE CASTILLA Y CONSEJERO DE ESTADO

El conde de Cifuentes, Gobernador del Consejo de Castilla, y seguidor de Floridablanca, falleció, estando en el ejercicio de su cargo, a principios de 1792, es decir al año siguiente de su nombramiento.

Por Real Decreto de 6 de marzo de 1792, dictado en Aranjuez, don Juan Acedo Rico, Conde de la Cañada, fue nombrado Gobernador del Consejo de Castilla y de la Cámara de Castilla, es decir, Presidente de los dos órganos más poderosos de aquel tiempo. Al día siguiente el 7 de marzo de 1792, aceptó y agradeció el nombramiento.

Con este nombramiento Cañada se convirtió no sólo en el segundo político con más poder, únicamente precedido por el Conde de Aranda, sino también y sobre todo en la máxima autoridad judicial de España.

Será entonces cuando da a la imprenta su famoso tratado de los Juicios Civiles, la obra que lo consagraría como uno de los grandes procesalistas clásicos.

El 25 de marzo de 1792 le fue encargada la Dirección General de Temporalidades, y mediante Real Decreto de 7 de julio de 1792, fue nombrado también miembro del Consejo de Estado, "en atención a sus dilatados e importantes servicios".

8. AJUSTE DE CUENTES ENTRE LOS CONDES DE ARANDA Y DE FLORIDABLANCA. LA PERSECUCIÓN POLÍTICA CONTRA FLORIDABLANCA

Inmediatamente después del nombramiento del conde de Aranda como Secretario de Estado, y de la previa destitución de Floridablanca, en 28 de febrero de 1792, este fue sometido una fuerte persecución política y a crueles represalias ordenadas por el primero.

A Floridablanca se le imputaban diversos delitos relacionados con su actuación al frente de la política española, siendo tratado con una severidad extrema, que culminó con su arresto y prisión en la ciudadela de Pamplona, donde permaneció hasta 1795, -es decir hasta la caída y destitución del Conde de Aranda en dicho año- y al embargo y secuestro de sus bienes.

El Conde de la Cañada fue el encargado de dirigir la instrucción en el proceso penal incoado contra Floridablanca y el que ordenó su prisión incomunicada en la referida ciudadela de Pamplona.

Señala Andújar Castillo, que ha estudiado con detenimiento el proceso penal abierto contra Floridablanca, que:

> *Floridablanca intentó su liberación tratando de pactar con el Conde de la Cañada, y en el mes de Septiembre (1792) se dirigió a este en una carta, que introdujo en ella algunas frases que, supuestamente, importunaron al Monarca, aunque debieron molestar, más aún, al propio Cañada, que no admitió el tono amenazante del ex ministro, al advertir de las "consecuencias importantes" que se podían derivar de su manteni-*

miento en prisión y de la existencia de un grupo de "protectores de su libertad", que siempre los hay en todo gobierno. El 24 de noviembre de 1792 Cañada remitió al Regente del Consejo de Navarra los cargos contra Floridablanca para que los hiciese llegar a la prisión y defenderse de los mismos.

Lo que realmente subyacía en el "juicio político" fue realmente la lucha por el poder desatada años atrás.

Resulta traumático el profundo antagonismo empleado por los dos grandes ministros de la última etapa del reinado de Carlos III -Aranda y Floridablanca y de los partidarios de cada uno de ellos-, y la persecución y enfrentamiento que hubo entre ambos.

Se trata de una página que tantas veces se ha repetido en la Historia de España, y de la que, aunque no la podemos juzgar con los criterios actuales, no podemos sentirnos orgullosos.

9. CAÍDA DEL CONDE DE ARANDA. SU PERSECUCIÓN POLÍTICA. LA COMPLICADA SITUACIÓN DEL CONDE DE LA CAÑADA

Poco tiempo permanecería el Conde de Aranda al frente de la política española. La Reina María Luisa estaba empeñada en beneficiar a su favorito, el joven Manuel Godoy. Y convenció al Rey para que le nombrara Secretario de Estado, o primer ministro en sustitución de Aranda.

El 14 de marzo de 1794 se produjo un grave enfrentamiento en el Consejo de Estado entre Aranda y Manuel Godoy, a resultas del cual el Rey acordó el cese fulminante del primero. Ese mismo día el conde de Aranda fue trasladado a Jaén, donde permaneció confinado y le fueron ocupados sus documentos.

Tras producirse su cese Aranda se vio sometido por parte de Godoy a represalias similares a las que aquel había perpetrado contra Floridablanca. Se abrió un proceso penal contra el Conde, en el que se le imputaban diversos cargos relacionados con su actuación en el cargo de Secretario de Estado.

En este caso la instrucción penal fue realizada por el Alcalde de Casa y Corte Antonio de Vargas, que obedecía las instrucciones provenientes de Godoy.

Pero por indicación de Godoy se formó en el seno del Consejo de Estado una Comisión integrada por el Marqués de Bajamar, el Conde de Campomanes y el Conde de la Cañada, a la que se le encargó emitir dictamen sobre el proceso penal incoado contra Aranda. La Comisión consideró procedente el proceso y propuso que el Alcalde de Casa y Corte Antonio de Vargas se trasladara a Jaén para continuar allí la instrucción penal.

La participación del Conde de la Cañada, a la sazón Gobernador del Consejo de Castilla, exigida por Godoy, debió ser especialmente dolorosa para él, teniendo en cuenta que el Conde de Aranda había sido su mentor y valedor en su carrera política. Se plantea la duda sobre si la participación y la actuación de don Juan Acedo Rico en la Comisión obedeció al temor ante posibles represalias de Godoy, o si se limitó a atender a su exigencia esperando que le permitiera continuar en la Presidencia del Consejo de Castilla. El Conde de Campomanes y el Marqués de Bajamar pertenecían al partido del Conde de Floridablanca.

Ambos temores eran fundados y se cumplieron, dado que poco después, el 25 de enero de 1795, Godoy propuso al Rey la destitución de Cañada, posiblemente porque el dictamen de la Comisión no fue lo suficientemente contundente, como hubiera sido del agrado del nuevo Secretario de Estado.

Godoy presionó también al Inquisidor General don Manuel Abad y de la Sierra para que abriera un proceso inquisitorial contra el Conde de Aranda, pero el Inquisidor se negó a satisfacer los deseos de Godoy, entendiendo que no había causa objetiva para proceder contra él. Ante su negativa Manuel Abad fue obligado a renunciar al cargo de Inquisidor General. Poco después cesó también al Conde de la Cañada.

10. DESTITUCIÓN DEL CONDE DE LA CAÑADA COMO GOBERNADOR DEL CONSEJO DE CASTILLA Y DE LA CÁMARA DE CASTILLA. CONTINUACIÓN COMO MIEMBRO DEL CONSEJO DE ESTADO

Godoy no debió quedar totalmente satisfecho con el informe emitido por la Comisión antes mencionada, no acababa de fiarse de un antiguo seguidor del Conde de Aranda, y propuso al Rey la destitución del Conde de la Cañada.

En 25 de enero de 1795 don Juan Acedo Rico fue cesado en su cargo de Gobernador del Consejo de Castilla y de la Cámara de Castilla, aunque se le permitió continuar como miembro del Consejo de Estado. La excusa formal que se adujo para su destitución fue su precario estado de salud (aunque ello suponía una excusa no ajustada a la realidad, realmente sí debía tener importantes achaques, pues falleció en ese mismo año y tenía 69 años, que era una edad muy avanzada para aquella época).

La prensa correspondiente al mes de Marzo de 1795, "El Mercurio de España", recogía la noticia en los siguientes términos:

> *Atendiendo el Rey los quebrantos que ha empezado a padecer la salud del Excelentísimo Señor Conde de la Cañada, ha venido a nombrar por Gobernador del Consejo al Señor D. Felipe Antonio Fernández Vallejo, Obispo de Salamanca*

Don Juan Acedo Rico falleció el 18 de diciembre de 1795, es decir a finales del año en que fue cesado. El fallecimiento se produjo en su propio domicilio situado en la calle Cedaceros de Madrid y fue enterrado en la Iglesia de San Sebastián de dicha Capital.

11. REFERENCIA DE OTROS AUTORES SOBRE INCIDENTES POSTERIORES A SU CESE

Emilio La Parra en su importante obra sobre *"Manuel Godoy, La aventura del poder"*, p. 151, relata un incidente que tuvo Godoy con el Conde de la Cañada, después de su destitución:

> *Manuel Godoy puso todo su empeño en convertirse en el hombre imprescindible del rey de España y no tardó en considerarse su servidor más eficiente y fiel, sin permitir en este punto sombra alguna. Posiblemente este prurito de ser el primero estuvo motivado por las permanentes alusiones a su inexperiencia y su falta de preparación, aunque también pudo deberse a su interés por demostrar a los reyes su acierto al elegirlo, (en 1795 tenía 28 años, pues había nacido en 1767). Sea lo que fuere, se esforzó por dejar bien claro que todo era obra suya.*
>
> *Esta tendencia se registra desde los primeros años de su gobierno como se ve en un episodio relacionado con el Conde de la Cañada. Al ser destituido de la Presidencia del Consejo de Castilla en febrero de 1795, el conde solicitó la intermediación de Godoy (Cañada tenía 41 años más que Godoy y un amplio memorial de servicios prestados a la Corona y al Estado) para hacer llegar a Carlos IV una extensa relación de sus relevantes servicios.*

El encargo fue cumplido pero a vuelta de correo Godoy le reprochó con cierto enfado, que en la representación hubiera olvidado aludir a sus propios méritos, pues él había sido el motor de los más grandes negocios que se han tratado en la monarquía y que por ellos se conserva el amor a los Reyes con el mas legítimo aprecio de la fidelidad de los españoles, y a continuación se detiene en enumerar sus decisiones destinadas a superar las dificultades originadas por la guerra, en alguna de las cuales consideraba Cañada haber influido en el ministro con su consejo".

La tendencia de Godoy a atribuirse méritos se acentuó con el paso del tiempo.

Este episodio muestra el alcance de la supuesta amistad entre Manuel Godoy, duque de Sueca y de Alcudia, y el conde de la Cañada y posiblemente la rebaja a una relación de oportunismo político (pienso que en ambos sentidos), como pudo ocurrir, pues ambos eran paisanos de una misma tierra -Extremadura-, y es muy probable que tuvieran relaciones comunes. No obstante, debemos señalar que el Conde de la Cañada era ya un viejo Ministro en una etapa avanzada de su vida, mientras que Manuel Godoy era un joven lleno de ambiciones que iniciaba el mayor período de influencia sobre los nuevos monarcas que se podía alcanzar, y que en tiempos del rey Carlos III no era imaginable.

Por todo ello me inclino a considerar, (desde mi punto de vista, y dos siglos y medio después), que el cese del Conde de la Cañada, don Juan Acedo Rico, como Gobernador del Consejo de Castilla pocos meses antes de su fallecimiento, fue un regalo de la Providencia, dado que le evitó vivir los tristes acontecimientos que, poco después, la Historia tenía reservada para España (como los difíciles años posteriores del reinado de Carlos IV, la heroica derrota de Trafalgar y la invasión francesa).

Como señala el propio autor La Parra (p. 152), cuando Godoy llegó al poder en 1792 (tenía 25 años y don Juan Acedo Rico 66 años, era por tanto casi dos generaciones mayor) y al principio de su trayectoria mostró notable inseguridad en sí mismo, y buscó al principio orientaciones en los Consejos de Castilla y de Estado*;* en el de Castilla contaba con su Gobernador el Conde de la Cañada, extremeño como él, y "pretendido amigo suyo", de cuya amistad hemos visto su relativo alcance; al que sustituyó, como hemos visto, en 1795; y en el de Estado a Eugenio de Llaguno y Amírola, Secretario del Consejo de Estado, al que nombró Carlos IV para que pasase a servir a las órdenes del nuevo ministro. Pronto Godoy en 1795 sustituyó también a Llaguno por dos hombres de su confianza, primero José Anduaga y después por el Conde de Montarco, siempre dispuesto a actuar en obsequio del Duque.

12. PRESENCIA DE DON JUAN ACEDO-RICO EN GRANDES PROYECTOS DE LA MONARQUÍA

La figura y personalidad de don Juan Acedo Rico no se limitó al ámbito del Derecho, y, desde el primer momento fue considerado como persona apropiada y capacitada, para desarrollar y ejecutar proyectos ambiciosos para todo el reino.

En el Archivo de la Casa Cañada se conserva un extenso memorial que hace relación de estos méritos y servicios prestados a la Corona y a España, que fueron remitidos a la Cámara de S. M., sin duda, por el propio interesado.

Este memorial, de 1789, tiene un valor muy interesante, dado que relata, aquellos servicios que, hasta ese momento, según su criterio, fueron de mayor importancia durante el reinado de Carlos III. Se trata de proyectos de diversa naturaleza que, en muchas ocasiones, nada tenían que ver unos con otros.

El citado Memorial señala las siguientes:

- *El establecimiento del Tribunal de la Rota.- 26 de octubre de 1773.- y 11 de abril de 1774.- y Las negociaciones con la Santa Sede.-*
- *La Comisión de Temporalidades del Colegio Imperial de la Compañía.- Y la Real Capilla de San Isidro.- 13 de enero de 1775.- Concluida en 2 de diciembre de 1786.-*
- *Las colaboraciones con el Conde de Floridablanca.- 1786.- Y con el Ministro don Manuel de Roda.- 1782.-*
- *La gerencia y dirección de la pretendida construcción del Canal de navegación y riego por los campos de Huercar, Lorca y otros pueblos del Reino de Murcia. Año 1775.- Compañía del Canal de Murcia.-*
- *La modificación del proyecto de la obra del Canal de Murcia.- Real Orden comunicada por el Conde de Floridablanca.-*
- *La colaboración con el Ministro Marqués de Grimaldi.- 15 de agosto de 1776.- Y el Nombramiento de Presidente de la Real Junta de la Compañía del Canal de Murcia.*
- *La información a S. M. de la necesidad de cambiar el proyecto, suprimiendo la ejecución del Canal de Navegación y utilizando los caudales en las obras de riego.- Real Orden de 24 de marzo de 1778.-*
- *La Presidencia de las Juntas del Real Canal de Manzanares.- Real Orden de 7 de mayo de 1773.-*
- *El nombramiento de Juez Protector de la Obra Pía de los Santos Lugares de Jerusalén.- R. C. al de Pósitos.-*

Una de las acciones más importantes de la política ilustrada llevadas a efecto en el reinado de Carlos III fue el establecimiento de una Red extensa de Pósitos dentro de todo el Reino, para el abastecimiento de las necesidades de la población.

- *Nombramiento de Juez Subdelegado de Rentas Reales y Servicios de Millones.- R. O. 13 de enero de 1775.-*
- *Nombramiento de Ministro de la Real Junta de la Inmaculada Concepción, unida a la Real Orden de Carlos III.- 27 de marzo de 1779.-*

Dada la importancia atribuida por el propio Rey don Carlos, a esta Real Orden de su creación, cuyo lema era "Virtud y mérito", se aprecia la enorme estima del mismo hacia don Juan Acedo Rico.

- *Nombramiento de Juez del Juzgado de Montes, plantíos y sementeras de todo el Reino. R. O. 1 de junio de 1774.-*
- *Nombramiento de Director de la Universidad y Estudios de Salamanca.-*
- *Nombramiento de Juez de Competencias para decidir como Ministro del Consejo de Castilla las que ocurren entre los demás Consejos y Tribunales Superiores del Reino. R. C. 9 de junio de 1-775.*

13. CARGOS DESEMPEÑADOS DURANTE EL REINADO DE CARLOS III

Desde el punto de vista político estuvo siempre en puestos de gran relieve, hasta su fallecimiento ocurrido en diciembre de 1795 (a los casi setenta años de edad). .

Los dos memoriales citados (Archivo de la casa Cañada y de este Título en el Ministerio de Justicia), señalan los cargos siguientes:

- *Asesor General del Juzgado de la Renta de Correos de España e Indias*, por Real Orden de 24 de agosto de 1766.
- *Alcalde de la Real Casa y Corte* de S. M. por Real Decreto de 22 de mayo de 1767.
- *Ministro togado del Consejo de Hacienda* por Real Decreto de 13 de junio de 1770.
- *Ministro del Consejo de Castilla* por Real Resolución a consulta de la Cámara, en 14 de marzo de 1773.
- Por Real Decreto de 26 de enero de 1776 fue nombrado *Ministro del Consejo de la Cámara,* y en 27 de junio de 1774, para el *Consejo Extraordinario.*
- Fue *Ministro del Consejo de Estado* de S. M. y
- *Gobernador del Consejo Supremo y Cámara de Castilla.*

* * *

14. LAS OBRAS JURÍDICAS DEL CONDE DE LA CAÑADA: JUICIOS CIVILES Y RECURSOS DE FUERZA

Un aspecto que destaca en don Juan Acedo Rico es el de su gran formación jurídica, pues es evidente que fue primera figura del Derecho Civil y Procesal de su época.

Escribió interesantes obras, algunas de las cuales, como "Los Juicios Civiles" y «Los Recursos de Fuerza» se citan todavía, al cabo de más de dos siglos, como los mejores antecedentes de esta disciplina, en las clases de Derecho Procesal de las Universidades españolas, como tuve ocasión de escuchar en su cátedra de Madrid, al profesor don Leonardo Prieto Castro, Catedrático de esta disciplina.

A estas obras se refiere don Juan en sus memoriales en los siguientes términos.

> Memorial. - Folio 20 vto.
>
> *Omitiendo otros servicios muy señalados en negocios graves que ha merecido la soberana aprobación de S. M. por todas las Secretarías de Estado, concluyo con referir sucintamente los que hice sobre un estudio serio de muchos años escribiendo dos tomos en folio a beneficio del público, corregidos y aumentados con sus Índices de los cuales y asuntos que contienen y utilidad que ofrecen tratan particularmente las tres censuras que han dado don Miguel de Mendinueta, Ministro del Consejo de Castilla, don José Fita, Fiscal del mismo, y don José Miguel de Flores, del Consejo de S. M. y Alcalde de su Real Casa y Corte, las cuales son del tenor siguiente:*

15. JUICIO DE VALOR Y OPINIÓN SOBRE LAS OBRAS PROCESALES DE DON JUAN ACEDO-RICO, DE DON MIGUEL DE MENDINUETA, MINISTRO DEL CONSEJO DE CASTILLA

Mi estimado amigo y señor: = He visto y examinado con singular complacencia e instrucción los dos tomos de OBSERVACIONES Y REFLEXIONES SOBRE LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES EN LOS RECURSOS ORDINARIOS Y EXTRAORDINARIOS, que se ha servido V. confiarme; y encuentro en ellos mucha copia de doctrina, un sistema bien ordenado para la instrucción de principiantes y provectos, gran claridad y sobre todo una aplicación propia y metódica de lo que con difusión saltuariamente (sic) y sin ninguna crítica han escrito nuestros autores antiguos y modernos

Por estas razones considero esta obra dignísima de la luz pública, y no sé si diga que V. está obligado a comunicarla al público a quien es deudor de las observaciones, conocimientos y experiencias que ha adquirido en la carrera distinguida de su Magistratura; y sería una injusticia el privarle de un trabajo ya hecho; así lo siento por la verdad y no me dilato mas por no ofender la modestia de V. —Nuestro Señor le guarde muchos años.—Madrid 6 de Mayo de 1788.—B. L. M. de V. su más afecto servidor. —Miguel de Mendinueva.—Señor don Juan Acedo Rico.

16. JUICIO DE VALOR Y OPINIÓN SOBRE LAS OBRAS PROCESALES DE DON JUAN ACEDO-RICO, DE DON JOSÉ FITA, FISCAL DEL CONSEJO DE CASTILLA, Y DON JOSÉ MIGUEL DE FLORES, DEL CONSEJO DE S. M. Y ALCALDE DE SU REAL CASA Y CORTE

Ilmo. Señor: hemos examinado con la atención debida los dos tomos de observaciones y reflexiones que V. S. I. nos confió sobre la práctica de los Tribunales en las instancias ordinarias que ocurren cada día, y nos ha servido de complacencia singular, así por ser esta una prueba auténtica del concepto y fineza que debemos a V. S. I., como por ver el acierto y copia de doctrina con que desempeña el asunto que se propuso ilustrar."

Procediendo con la ingenuidad que acostumbramos no podemos dejar de asegurar a V. S. I. que la obra está escrita con mucha solidez, con gran claridad y un excelente método. Las observaciones y reglas que establece V. S. I. están muy fundadas y son sumamente útiles, no solamente para que se instruyan los que se dediquen a la jurisprudencia y práctica forense, sino los que hayan empleado muchos años en este difícil e importante estudio

Aquí se encuentra lo más precioso que recogieron los autores que procuraron explicar la naturaleza, diversidad y trámites de los juicios conocidos, y de los recursos extraordinarios; y además hay muchísimas observaciones y noticias que no se hallan en sus libros, ó porque en su tiempo no se había expedido las Cédulas y Bulas que se han publicado después, ó porque no tuvieron proporción para reconocerlas y hacerlas observar, como se ha verificado en V. S. I. por los ascensos con que el Rey ha premiado sus méritos notorios.

De forma que con especialidad todo lo que pertenece a los RECURSOS DE FUERZA, retención de Bulas, Protección y Patronato Real se halla explicado con grande novedad, y trae mucho provecho para todos. == Por lo mismo podemos asegurar a V. S. I. que no solamente contiene esta obra la utilidad que requiere la Ley del Reino en las que han de imprimirse, sino es que la consideramos utilísima, y que debemos estimular a V. S. I. a que no prive al público de estos preciosos frutos de su estudio, erudición e inteligencia, venciendo los obstáculos que le proponga su modestia por ceder este sacrificio en

obsequio de la Instrucción Nacional".—Madrid 29 de diciembre de 1787. José Antonio Fita. José Miguel de Flores. Ilmo Señor don Juan Acedo Rico.—

17. REMISIÓN DE LAS OBRAS PROCESALES AL CONDE DE FLORIDABLANCA Y SU JUICIO DE VALOR SOBRE ELLAS, 5 DE MARZO DE 1789

Deseando asegurar mas la utilidad de estas obras y vencer mi propia desconfianza las pasé al Excmo. Señor Conde de Floridablanca, por si lograba algún intervalo entre los graves e importantes negocios que ocupan su cuidado, que le permitieran leer alguna parte de dichas obras, y al fin de algunos meses me las devolvió con el siguiente oficio:

Ilmo. Señor: Devuelvo a V. S. I. esos libros que mis ocupaciones y otros accidentes no me han permitido leer, pudiendo solamente decir a V. S. I. que el objeto de la obra es útil y laudables sus deseos. = Dios guarde a V. S. I. muchos años. Palacio 5 de Marzo de 1789. El Conde de Floridablanca. —Señor don Juan de Acedo Rico.—

La contestación, a mi entender, parece fría y distante. Floridablanca era un magnífico jurista y resulta impensable que no ojease con gran interés la obra remitida; y siendo Presidente del Consejo de Castilla y Secretario de Estado, no quería Cañada proceder a su publicación en contra de su parecer. Su anotación de que *el objeto de la obra es útil y laudables sus deseos* la considero un verdadero elogio toda vez que en aquella época es posible que ya hubiera algún distanciamiento político entre ambos.

18. PUBLICACIÓN DE LA OBRA EN 1794

Estas obras fueron publicadas en 1794, un año antes de la muerte de don Juan, y de ellas se realizaron diversas ediciones. Ofrecemos ahora su segunda edición, que vió la luz en el mismo año de 1794.

El Tomo I es todo un tratado general de Derecho Procesal con 574 páginas, publicado en el año 1794, -de la cual existe un ejemplar en mi biblioteca-, con el siguiente título en su portada:

INSTITUCIONES PRÁCTICAS DE LOS JUICIOS CIVILES
ASÍ ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS, EN TODOS SUS TRÁMITES, SEGÚN QUE SE EMPIEZAN CONTINÚAN Y ACABAN EN LOS TRIBUNALES REALES
POR
EL CONDE DE LA CAÑADA
Gobernador del Consejo y Cámara de Castilla &&&
TOMO PRIMERO
SEGUNDA EDICIÓN
CON LICENCIA EN MADRID
EN LA OFICINA DE DON BENITO CANO
AÑO 1794

El Índice de los Capítulos de esta obra en su tomo I es enormemente elocuente sobre la perfecta sistemática de la misma y muy útil y práctico para la tramitación

de los pleitos de su época. Claridad que incluso hoy en día es muy deseable en el ejercicio del Derecho.

El Tomo II es un tratado específico de los Recursos de Fuerza con 616 Páginas, fue publicado junto con el anterior en el mismo año 1794, -del que también conservo un ejemplar en mi biblioteca-, con el siguiente título en su portada:

OBSERVACIONES PRÁCTICAS SOBRE LOS RECURSOS DE FUERZA:
MODO Y FORMA DE INTRODUCIRLOS, CONTINUARLOS Y DETERMINARLOS EN LOS TRIBUNALES REALES SUPERIORES
POR
EL CONDE DE LA CAÑADA
Gobernador del Consejo y Cámara de Castilla &&&
TOMO SEGUNDO
SEGUNDA EDICIÓN
CON LICENCIA EN MADRID
EN LA OFICINA DE DON BENITO CANO
AÑO 1794

Este Tomo II examina las «fuerzas» o extralimitaciones en que pueden incurrir los jueces eclesiásticos frente a la jurisdicción real, de las que conocen mediante los oportunos «recursos» el Consejo y Cámara de Castilla, Audiencias y Chancillerias. Y ello siempre desde una perspectiva regalista, de defensa de las prerrogativas de la Corona, en materias de enorme trascendencia para la época, como, a título de ejemplo, la cobranza de diezmos; patronatos reales; ejecución de bulas apostólicas; testamentos de eclesiásticos; provisión de vacantes de capellanías y sedes episcopales y preservación en las vacantes de sus bienes y rentas contra expolios.

19. OTRAS DOS OBRAS DEL MAYOR INTERÉS PARA EL PÚBLICO Y PARA EL REINO. FOLIO 23 DEL MEMORIAL

> *Con el mismo objeto del beneficio público, y de dar repetidos testimonios de servir con amor y celo a S. M. escribí otras dos obras de mayor importancia, y demás conocido de S. M. y del Reino.*
>
> *En la una se tratan TODOS LOS RAMOS DE LA REAL HACIENDA por su origen y principios, y por su progreso y variaciones sucesivas y por el último estado que han recibido con el Real Decreto de 29 de Junio de 1785, ulteriores Instrucciones y Órdenes.*
>
> *En la segunda expuse EL VALOR DEL BREVE DE N. M. S. P. PÍO VI, dado en Roma a 14 de Marzo de 1780, por el cual concede y da facultad al Rey N. S. don Carlos Tercero (que está en gloria) y a sus sucesores, para que pueda percibir en cada año alguna parte de los frutos de las Preposituras, Canongías, Prebendas, Dignidades y Beneficios Eclesiásticos bajo las reglas y restricciones que contiene, y para los fines que expresa, exponiendo al mismo tiempo su verdadera inteligencia en todas sus partes y la última de su ejecución.*

Esta obra fue publicada en 1792 y de ella se realizaron diversas ediciones, -del que también hay un ejemplar en mi biblioteca-, con el siguiente título en su portada:

EXPOSICIÓN

DEL BREVE EN QUE N. M. S. P. PÍO SEXTO CONCEDIÓ AL SEÑOR DON CARLOS III Y A SUS SUCESORES

Facultad de percibir alguna parte de las rentas Eclesiásticas, para emplearlas en los piadosos Fines propuestos por S. M.

Obra escrita en cinco Discursos

POR EL EXCMO. SR. DON JUAN ACEDO-RICO,

Conde de la Cañada, Caballero Gran Cruz de la Real y distinguida Orden Española de Carlos III, del Consejo de Estado de S. M., Gobernador del de Castilla, y de la Cámara &&&

CON SUPERIOR PERMISO

MADRID, EN LA IMPRENTA REAL

AÑO 1792

20. RECAPITULACIÓN

Sorprende que, siendo esta su gran aportación al mundo del Derecho, estas obras (Los juicios civiles y los Recursos de Fuerza) no vieran la luz hasta el año 1794, es decir hasta un año antes de su fallecimiento, cuando ya tenía la avanzada edad para la época de 68 años.

Ello sin olvidar su gran conocimiento sobre la Hacienda Pública, que le llevó a publicar un tratado sobre esta materia.

Entiendo que demoró la publicación de su obra más destacada hasta que no conoció la opinión sobre la misma de otros grandes juristas, en la que sin duda confiaba: Don Miguel de Mendinueta, Ministro del Consejo de Castilla, y don José Fita, Fiscal del Consejo de Castilla, y don José Miguel de Flores, del Consejo de S. M. y Alcalde de su Real Casa y Corte. Los tres la consideraron del máximo interés y le animaron y urgieron a su publicación. Las contestaciones, después de haberla estudiado, tuvieron lugar en los años 1787 y 1788.

Por último parece que quiso contar también con la aprobación del Conde de Floridablanca, al que le remitió la obra, y su contestación aprobatoria es de 1789, aunque en ella manifiesta que no había tenido tiempo para leerla, *pudiendo solamente decir a V. S. I. que el objeto de la obra es* útil y laudables sus deseos.

No cabe duda que fue máxima la cautela de don Juan Acedo Rico sobre su publicación; aunque a mi entender, si se hubiese demorado un poco más, la obra se hubiera quedado sin ver la luz por su cercano fallecimiento.

Don Juan coincidió plenamente con el reinado de Carlos III, que ocupó el trono desde 1759 a 1788, (durante casi treinta años), y que trató de modernizar y de mejorar la situación de España en todos los aspectos.

Carlos III reconoció y premió, como se ha referido, los méritos y servicios de don Juan Acedo Rico; y en los meses inmediatos siguientes, en su primer año de reinado, -a los pocos meses de acceder al Trono-, Carlos IV le concedió el Título del Reino de Conde de la Cañada, (1789), y poco tiempo después lo nombró Gobernador del Consejo de Castilla y de la Cámara de Castilla, (1792), le concedió la Gran Cruz de Carlos III *(1792)*, así como otras condecoraciones y honores.

Realmente tuvo una trayectoria de servicio a España y a la Corona intensa, extensa y eficaz.

21. LA ILUSTRACIÓN ESPAÑOLA EN EL REINADO DE CARLOS III, Y DON JUAN ACEDO-RICO.

Cuando don Carlos vino desde Nápoles a ocupar el trono de España, percibió rápidamente de cuál era la situación de la población y de que había que mejorar las condiciones de vida de aquellas gentes. Tenía ya una amplia experiencia como gobernante, durante catorce años, del reino de las Dos Sicilias.

Los intelectuales y gobernantes de mediados de mediados del siglo XVIII se dieron cuenta de que un país no es más feliz porque sea más grande, sino porque sea mejor y apto para que en el vivan sus habitantes de la mejor manera posible.

Por estas preocupaciones del nuevo Monarca, la Ilustración española fue distinta de las corrientes imperantes en Europa, aunque tomase parte de ellas. Sus propósitos eran muy distintos de los filosóficos de los hombres de otros países, sin el peso del Imperio y sin la profundísima raíz católica que en España iba más allá del cambio de dinastías o de regímenes (ver la magnífica obra de Vaca de Osma, "Carlos III", Madrid 2005).

No se rompe con el pasado. Se hace un gran esfuerzo para adaptarse a los nuevos tiempos. Aunque siguen siendo unos pocos los que conducen y deciden la gobernación de España y de su todavía gran Imperio, es necesario poner al alcance de los ciudadanos la formación, la educación, la cultura y el mínimo vital suficiente para su desarrollo.

La cultura y la eficacia fueron el equivalente en España al culto a la razón en el resto de Europa. Se trataba también de explotar mejor los recursos del país, de crear riqueza para igualar oportunidades y poder repartir mejor.

La Ilustración en España fue fundamentalmente patriótica con muy pocas concesiones al internacionalismo filosófico y filantrópico en boga. Algunos gobernantes españoles como el Conde de Aranda sí mantuvieron una relación personal con los nombres definitorios del siglo de las luces, como Voltaire, Rousseau, D´Alembert, Federico II, Pombal…, por lo que estaba al tanto de dichas corrientes.

En cambio el cristianismo ilustrado español no rompe con la fe tradicional, aunque sí tiende a modificar formalismos más o menos fanáticos y reminiscencias inquisitoriales. Lo que sí interesó a aquellos gobernantes fue deslindar bien los campos de la autoridad real y de la autoridad papal en materias de Estado. Los Borbones españoles del siglo XVIII fueron sinceros católicos, muy piadosos y de intachable conducta moral personal, superior en líneas generales a la de los Austrias, portaestandartes de la Contarrreforma.

En este tiempo don Juan Acedo Rico, como se ha referido, desempeñó cargos relevantes en muchos aspectos importantes de la vida española. No obstante parece que todo lo señalado y los servicios prestados, lo fueron como consecuencia de encargos del Monarca y de los Ministros que fueron sus más inmediatos colaboradores.

Sin embargo resulta que su gran aportación a la sociedad y al Estado, surge de su propia iniciativa y no por encargo del Monarca o de sus grandes ministros, y fue la publicación de sus obras jurídicas, que recopilaban, sintetizaban y ponían al alcance de los profesionales del Derecho y de la población en general, las normas y leyes vigentes, civiles y procesales, con precisión y con enormes datos de doctrina y de jurisprudencia, que estaban dispersos.

También fue importante su intervención en las difíciles negociaciones con la Santa Sede, en un momento posterior a la expulsión de los Jesuitas, que tanto dis-

gustó en Roma, y que sigue siendo uno de los grandes misterios del reinado de Carlos III. Estas negociaciones culminaron, entre otros efectos, con la recuperación de las buenas relaciones entre ambos Estados y con el establecimiento del Tribunal de la Rota en 1773, con una regulación, que ha llegado hasta nuestros días.

Don Juan Acedo Rico fue persona que colaboró con los grandes ministros de Carlos III, Grimaldi y Esquilache y los Condes de Aranda y de Floridablanca, y eso, en ninguna época resulta ser fácil.

Toda obra humana por notable que sea, queda diluida en el trascurso de los años, y sirva esta referencia para recordar y poner en valor los esfuerzos realizados por aquellos hombres que se esforzaron por dar a su Patria lo mejor de ellos mismos. No obstante el verdadero juicio sobre él queda reservado al Autor de todas las cosas.

Juan de la Barreda Acedo-Rico
26 de abril de 2024

* * *

APÉNDICE. LOS DOS MATRIMONIOS DE DON JUAN ACEDO-RICO. LA SUCESIÓN DEL PRIMER CONDE DE LA CAÑADA

Don Juan Acedo Rico casó dos veces y tuvo 11 hijos de ambos matrimonios; La 1.ª vez casó en Madrid (Parroquia de San Pedro) en 24 de junio de 1759, con doña Bernarda Macías y Zambrano, natural de la ciudad de Málaga; de cuyo matrimonio fueron hijos, entre otros,

- Don José Acedo-Rico y Macías, *II CONDE DE LA CAÑADA*, Ministro del Consejo de Hacienda, Caballero pensionado de la Orden de Carlos III en 1792, Alcalde de Casa y Corte, al igual que se padre fue Caballero del Cuerpo Colegiado de la Nobleza de Madrid y Diputado del mismo; aunque casó, murió sin sucesión, y
- Don Ramón Acedo-Rico y Macías, *III CONDE DE LA CAÑADA*, Paje de S. M., General de los Reales Ejércitos, que participó activamente en la Guerra de la Independencia, (entre otras, en las acciones de Sara, Castel-Pignon y St. Jean de Pied de Port, y en las batallas de Uclés, Tamames, Medina del Campo y Alba de Tormes, en la defensa de Badajoz y en la acción de Cantalgallo), fue Coronel del Regimiento de Plasencia en 1812, y del Regimiento de Ciudad Rodrigo en 1817; fue ascendido a Brigadier en 14 de octubre de 1816, con antigüedad de 30 de mayo de 1815; al igual que su hermano casó y murió sin sucesión.

La 2.ª vez casó en Irún (Guipúzcoa) Parroquia de Sta. María del Juncal, en 14 de marzo de 1779, con doña Josefa Joaquina de Olazábal y Murguía, nacida en Irún, y de este matrimonio fue hijo, entre otros:

- Don Joaquín Acedo-Rico y Olazábal, (1781-1847), *V CONDE DE LA CAÑADA,* en sucesión a sus hermanos, Paje de S. M., Capitán de Caballería en el Regimiento de Dragones de la Reina, de Dragones de Villaviciosa, que se halló en toda la campaña de Portugal del año 1801,

hasta que en 22 de enero de 1808 obtuvo su retiro por su débil salud; fue Diputado a Cortes por la provincia de Cáceres en las elecciones de 1839 y 1841; casó en Madrid, Parroquia de S. Sebastián, en 1805, con doña Teresa Amat y Quintano, y fueron padres, entre otros, de

– Don Rafael Acedo-Rico y Amat, (1815-1891), *VI CONDE DE LA CAÑADA*, en 1852, Grande de España, en 1880, Teniente General de los R. R. E. E., Capitán General de Castilla La Vieja, de Navarra y de Extremadura, que tuvo participación muy destacada en las dos Guerras Carlistas y en la Restauración de la Monarquía en la persona de don Alfonso XII; así como en la organización posterior del Ejército, como Director General de Caballería, de Artillería, de Estado Mayor y de la Guardia Civil; Diputado a Cortes, por Ciudad Real en 1858, Senador del Reino y luego Senador vitalicio;; casó con doña Josefa Medrano y Maldonado,

De ellos descienden los demás Condes de la Cañada hasta nuestros días.

* * *

ESTUDIO JURÍDICO DE LA OBRA DE DON JUAN ACEDO-RICO

Partiendo de su dilatada experiencia, primero como abogado desde 1752 y más tarde como ministro del Real y Supremo Consejo de Castilla a partir de 1773, de la Cámara de Castilla desde 1776 y, finalmente, como gobernador del sínodo castellano, Juan Acedo Rico, primer conde la Cañada, conocía en profundidad los daños que frecuentemente padecían las partes litigantes por la arbitrariedad con que eran interpretadas las leyes. Para poner fin a estos perjuicios, estimó necesario que debía publicar sus *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales*, Madrid, 1794[1].

Como destacado jurista de la Ilustración sintió la imperiosa necesidad de modernizar el Derecho y adaptarlo a la nueva mentalidad de su época. Por esa razón, intentó superar los defectos del sistema judicial anterior, caracterizado, como es bien sabido, por su excesivo formalismo, lentitud y falta de uniformidad. A tal fin, Acedo se encarga de presentar una guía práctica para el funcionamiento de los juicios civiles, abordando aspectos tan complejos como el papel de los actores procesales, la ejecución de las sentencias o sus recursos. Todo ello tendía a ofrecer, en suma, un adecuado enfoque de cómo se aplicaban las normas en la realidad cotidiana de la justicia.

El propio autor justifica la redacción de la obra cuando afirma la necesidad de unir «el Derecho de los romanos, el canónico y las leyes reales con la práctica y uso de las acciones y recursos, porque ésta no puede adquirirse sino con la or-

---

[1] Como nos recuerda Manuel Cachón Cadenas: *Otras historias de procesalistas y del proceso,* Dykinson, Madrid, 2022, p. 46 «esta obra tuvo dos ediciones en vida del autor y las dos ediciones fueron publicadas con títulos diferentes. La primer se titula *Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales,* mientras que la segunda lleva por título *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarias como extraordinarios, en todos sus trámites, según se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales»*…La primera fue editada por la Imprenta Real en Madrid en 1793. La segunda edición apareció al año siguiente en 1794 y fue publicada por un editor particular, Benito Cano. El segundo tomo de la obra tiene el mismo título en las dos ediciones *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza: modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales reales superiores».*

denación y decisión de los procesos y causas». La magnitud de este objetivo le llevó, en un principio, a centrarse en las causas civiles contenciosas y los recursos extraordinarios.

No cabe la menor duda de que su obra resulta fundamental para entender el proceso de evolución del derecho procesal anterior a la codificación decimonónica. Sus amplias explicaciones ofrecen una visión sumamente completa sobre la aplicación del Derecho en el Antiguo Régimen, con continuos ejemplos y una estructura ordenada que facilita su manejo. Además, también resalta su estilo claro y conciso que seguro agradecieron los profesionales del Derecho coetáneos.

Si nos adentramos en el contenido, podremos observar que la obra se compone de dos tomos. Mientras que en el primero analiza los juicios civiles, en el segundo se centra en las competencias entre los tribunales reales y eclesiásticos.

El citado tomo primero consta de tres partes, divididas, a su vez, en varios capítulos. La primera en doce, la segunda en trece y la tercera en seis.

Vamos, a continuación, a indicar los aspectos más notables de cada uno de ellos. La parte primera comienza con un capítulo que lleva por título «Del origen de las leyes de España, de su valor y respectiva preferencia en las cosas de gobierno y en la decisión de los pleitos contenciosos».

En él recuerda Acedo la obligación que pesaba sobre todos los que tuvieran un cargo de Justicia de guardar las leyes insertas en la Nueva Recopilación de 1567, pese a que muchas no estuvieran efectivamente vigentes. En su opinión, el origen de estas leyes se remontaba a principios de siglo V, con la llegada de los godos, quienes tenían normas traídas del norte y que fueron mejoradas merced a sus relaciones con los romanos, hasta que Recesvinto prohibió a los jueces que se alegara la legislación romana en los juicios. También señala que el texto del Liber Iudiciorum fue utilizado tanto por los cristianos que vivían en la España musulmana como por los que huyeron al norte y que lo extendieron en los pueblos que fueron reconquistando. Un segundo código destacable fueron los fueros de Castilla, concedidos por el conde Sancho García alrededor del año 995. A éstos se sumaron otros, sin dejar en el olvido el rechazo de los castellanos cuando el rey Alfonso X intentó imponerles el Fuero Real por el despojo de sus antiguos fueros, con especial mención a los establecidos en las Cortes de Nájera de 1128.

Resalta la importancia que tuvieron las Cortes de Alcalá de 1348 porque con ellas se mejoró y adelantó considerablemente la legislación de España, al acordarse las leyes necesarias y convenientes al mejor gobierno y tranquilidad pública.

Alude, seguidamente, a la necesidad de que las leyes de Enrique II, Juan I, Enrique III, Juan II, Enrique IV y los Reyes Católicos se reuniesen en un solo cuerpo por lo que se encomendó tal tarea al doctor Alonso Díaz de Montalvo, si bien tal obra adolecía de muchos defectos sustanciales por lo que se reclamó su enmienda en las Cortes de Valladolid de 1523 y Madrid de 1534. La tarea fue atribuida por el emperador al doctor Pedro López de Alcocer y continuada tras su muerte por el doctor Escudero. Más adelante, Felipe II repitió el encargo a Pedro López de Arrieta y Bartolomé de Atienza.

Después de este recorrido histórico, subraya que el valor de las leyes deriva del soberano y que, por tanto, siempre deben ser obedecidas, guardadas y cumplidas por los vasallos. Incluso el uso contrario de todo un pueblo no las debilita ni las deroga, aunque ello se produzca ininterrumpidamente durante miles de años, porque la potestad de hacer las leyes reside privativamente en el príncipe y los vasallos

son notoriamente inferiores a él. Por ello, tampoco los fueros municipales pueden prevalecer, en ningún caso, frente a las leyes recopiladas.

El capítulo II se titula «Del estudio de las leyes». En él presta especial atención a la pragmática de 6 de julio de 1493 por la que los Reyes Católicos mandaron que los cargos de justicia debían haber estudiado en la Universidad Derecho canónico o civil, al menos, durante diez años. Ya en el siglo XVIII, Felipe V intentó que, desde el año 1713, en las Universidades mayores de España y también en las menores, en lugar del Derecho romano se explicaran las leyes reales. A este fin se destinaron en Salamanca dos cátedras a la enseñanza del derecho patrio.

Tras estos dos capítulos introductorios, se adentra en lo que verdaderamente ocupa el objetivo de su obra, que no es otro que los procesos civiles.

Así, el tercero se dedica a la demanda civil y sus partes. Comienza proponiendo un ejemplo de fórmula o libelo en que se contiene una demanda civil con todas sus circunstancias. Advierte que ninguno puede demandar en nombre de otro sin su mandato y poder. También estima especialmente necesario que los hechos en que se funda la demanda han de expresarse de forma sencilla para que el demandado pueda contradecir la instancia o condescender con ella y facilitar la resolución del juez. Finalmente, alude a la conclusión del pedimento, que da forma al juicio y determina la acción.

Continúa con el capítulo IV, referido a la contestación. De la misma manera que en el anterior, ofrece un ejemplo de fórmula o libelo, a fin de hacer más perceptible su explicación. La respuesta del demandado, confesando o contradiciendo la instancia del actor es lo que se llama contestación. Parte de la ley IV,4,1, recogida en la Nueva Recopilación, y recuerda que el demandando disponía del término de nueve días para instruirse en la demanda y deliberar su contestación, empezando a correr y contarse desde el siguiente al de la notificación del traslado. Dentro del mismo podía proponer excepciones tanto dilatorias como perentorias. Entre las primeras se refiere a la incompetencia de jurisdicción, recusación del juez, plazo no cumplido, etc. Entre las segundas, la de cosa juzgada, transacción, pacto o juramento de no pedir, etc.

Aclara que el que no respondía a la demanda en el referido término de los nueve días señalados por las leyes se consideraba rebelde y se le declaraba por confeso.

Prosigue en el capítulo V con la compensación, que ya en las Partidas se contemplaba como una forma de pago, si bien había tantas excepciones frente a ella que en pocos casos se observaba. En los supuestos donde sí se admitía, podía producirse ante el juez de primera instancia durante el progreso de los autos y también en el tribunal donde hubiese ido por apelación, incluso después de dadas las sentencias ejecutorias.

Sigue la obra con el capítulo VI, dedicado a la reconvención y mutua petición. Acedo afirma que nos encontramos ante una nueva demanda, diversa en todas sus partes a la tradicional porque la acción del actor y la que en contestación propone el demandado son notoriamente distintas. Pone los ejemplos del poseedor de un mayorazgo si redime los censos a que están afectos sus bienes o el heredero que admite la herencia en beneficio de inventario. Respecto al tiempo en que debían interponerse las demandas de reconvención recuerda las discrepancias doctrinales. Para unos, podía introducirse en cualquier estado del juicio pendiente sobre la primera demanda, haciéndose antes de la sentencia. Otros aseguraban que solo podía hacerse antes de la contestación o en el tiempo próximo a ella y algunos, conciliando las

dos opiniones previas, decían que la reconvención introducida antes de la contestación de la primera demanda o en el mismo acto próximo a ella gozaba del efecto de seguir las dos demandas en un proceso y sentencia, pero que debía introducirse después de la contestación. Asevera en este punto que, en los treinta y dos años que había asistido en la corte defendiendo y determinando negocios, no había visto que se hubiese introducido una reconvención o mutua petición para detener o eludir la vía ejecutiva, por lo que llega a la conclusión de que era poco útil y había otros medios más seguros de los que podían valerse los interesados para aprovecharse de la acción o excepción.

En el capítulo VII analiza la conclusión de la causa para prueba o definitiva, empezando por denunciar la práctica frecuente de procuradores y abogados de ayudar a los litigantes a buscar dilaciones injustificadas. Para evitar esto, se dispuso que no se presentasen más de dos escritos por cada parte hasta la conclusión del pleito y que, si más fuesen presentados, no se recibiesen. La referida conclusión producía dos efectos sobre la causa: uno, para recibirla a prueba y, el otro, para determinarla definitivamente, bien porque estuvieran conformes las partes en los hechos o porque resultasen notoriamente calificados, sin esperanza de poderse debilitar con las excepciones en contrario.

Precisamente a la prueba en primera instancia se dedica el capítulo VIII. Opina que la ejecución del auto de prueba debe limitarse a los hechos del proceso conducentes a descubrir la verdad y agrega que si estuviesen probados antes de la conclusión, bien por avenencia de las partes o confesión de alguna de ellas, no tendría lugar prueba alguna ni debía recibirse. Cuando era permitida por las leyes, la prueba se convertía en sustancia del juicio porque tocaba a la defensa natural de las partes y su omisión era causa para apelar.

Presta singular atención a la de testigos, ofreciendo un modelo de interrogatorio. Las primeras preguntas estaban reducidas al conocimiento de las partes y del pleito. Las segundas comprendidas en las llamadas generales de la ley porque se debían proponer necesariamente como preliminares en todos los interrogatorios. Finalmente, otras preguntas del interrogatorio se llamaban útiles porque tocaban a los hechos principales producidos en la demanda como fundamento de la intención de la parte.

A renglón seguido, (capítulo IX) se detiene en la restitución para probar una vez pasado el término ordinario. Concretamente, se refiere a los menores de veinticinco años, las iglesias, el rey, los concejos y comunidades, que podían hacer sus pruebas pasado el término de ochenta días, en uso de la restitución que les competía. Este beneficio no era extensible en los contratos o juicios que hubiesen celebrado o seguido los menores cuando se hallasen en la edad pupilar o la pubertad antes de cumplir los veinticinco años porque su nulidad los excusaba de cualquier daño. La razón por la que se concedió este beneficio de restitución a los menores fue por estimarlos desamparados por su menor edad y sujetos necesariamente al consejo de tutores, curadores o defensores. También las comunidades e iglesias gozaban del mismo privilegio por causas de equidad, necesidad y utilidad pública. Para usar de la restitución se concedía a los mencionados el término de cuatro años, los cuales empezaban a correr, en los menores, desde que cumplían los veinticinco años y en las iglesias y comunidades al tiempo de los contratos y juicios de que surgió el daño que intentaban reparar.

Tras analizar las pruebas, se ocupa de la publicación de ellas (capítulo X). Advierte que, respecto al tiempo en que han de pedir y mandar hacer la publicación de

las pruebas, ni en las leyes ni en los autores existían disposiciones claras porque las normas señalaban dos tiempos: uno el concedido para hacer las pruebas, sin que se permitiera pedir su publicación, y el otro cuando pasaba dicho término, el cual se consideraba más útil, sin especificar el límite para ello. Respecto a los fines perseguidos con la publicación de las pruebas, el autor nos indica tres: el primero es que se instruyan las partes de si han probado bien su intención en lo que demandan o excepcionan; el segundo, que se propongan los defectos que hallasen en las personas de los testigos, que pueden influir en derogar o debilitar su fe y el tercero que, concluyendo sus dichos, manifiesten su contracción de hecho y puedan probar su falsedad por los medios que permitan las leyes.

Publicada las pruebas, procede la conclusión de la causa para definitiva (capítulo XI). Ésta contiene dos partes: una que se reduce a la manifestación que hacen las partes al juez de haber cerrado todas sus razones y la otra a dejar el proceso al arbitrio del juez para que dé su sentencia.

Finaliza la parte primera con el capítulo XII, centrado en la sentencia definitiva y sus efectos. Nos recuerda, siguiendo una ley de Partidas, que no solo acaba el juicio para las partes con la sentencia definitiva, sino también para el juez que la dio porque no la puede cambiar en su parte sustancial y subraya la relevancia de que los jueces basen sus resoluciones en los principios de equidad y justicia.

Como dijimos líneas atrás, la parte segunda se estructura en trece capítulos. El primero se refiere a la nulidad de la sentencia definitiva. Acedo se ocupa de los medios por donde la parte, que se sintiere agraviada por la sentencia, podía reparar los perjuicios que el juez le hubiere irrogado con ella, procurando hacerla nula y de ningún valor y efecto. Dicha nulidad podía intentarse como acción directa sola o acompañada de la apelación. Respecto de ésta, aclara que era un beneficio que, según naturaleza y por humanidad, concedían los reyes a quienes se considerasen ofendidos o agraviados por iniquidad o ignorancia de los jueces y, al mismo tiempo, gozaban de este auxilio para suplir y enmendar lo que las mismas partes omitieron en las instancias precedentes, pudiendo alegar y probar lo que no hicieron en ellas.

En el capítulo II, resalta los beneficios que se obtienen de la apelación, mientras que en el III subraya que la parte apelante debía probar ante el juez superior el fundamento de su intención a cuyo fin se presentaba con poder suficientes y testimonio de la apelación. Para mayor claridad expresa en qué términos debía producirse esto. Teniendo en cuenta su experiencia, alude a que muchas veces la parte que apelaba se presentaba en el tribunal superior sin testimonio de la apelación interpuesta y admitida. Tal admisión podía producirse de cuatro modos: primero, diciendo expresamente que se admitía en ambos efectos, devolutivo y suspensivo; segundo, cuando se admitía sin expresar en que efectos, ni poner alguna limitación; tercero, cuando se admitía en cuanto había lugar en Derecho y el cuarto diciendo que se admitía solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

Pasa, a renglón seguido, a centrarse en las sentencias que hacían cosa juzgada (capítulo IV). Tres sentencias conformes acababan enteramente el pleito y no cabía apelación ni suplicación. Aunque todos los autores estaban conformes con ello, se mostraban discrepantes sobre la razón fundamental de ello. La principal era que tres jueces o tribunales no pudieron sentenciar con agravio de los derechos de las partes y también por el deseo de poner fin a los pleitos por el interés de la causa pública.

Las sentencias dadas por el Consejo, confirmando o revocando las de los alcaldes de Corte, corregidor y tenientes de Madrid en las causas civiles de que éstos cono-

cían, hacían cosa juzgada, y el mismo efecto tenían las que daban las dos Salas de Corte (capítulo V). Se dedica a las particularidades de las apelaciones que se interponían de las sentencias de los alcaldes que despachaban en provincia y las del corregidor y sus tenientes. Por este medio, observado en los tribunales superiores, se lograban ventajas a favor de la causa pública y de las partes y menos gastos de los negocios, ejecutándose ante el juez que dio la sentencia. Por una ley de 1583 se señaló la cantidad de hasta cincuenta mil maravedís para que la apelación de las sentencias que dieran los alcaldes pudiera ir a los dos que estaban señalados para ello. Por otra ley posterior, se extendió la apelación de los mismos negocios a cien mil maravedís con dos novedades: una que el presidente del Consejo nombrase al principio de cada mes dos alcaldes, que conocieran de la apelación de las causas que hubiesen determinado los otros tres alcaldes hasta la cantidad de los dichos cien mil maravedís y la otra que, igualmente, conociesen en apelación de las que determinare la justicia ordinaria de Madrid, no llegando a los cien mil maravedís. En 1750 se amplió la cantidad hasta trescientos mil maravedís. Mediante auto de 1783, se mandó que la parte que apeló pusiera dentro de seis días en poder del escribano actuario el decreto del Consejo con las citaciones necesarias y, pasado dicho término sin haberlo ejecutado, se declaraba desierta la apelación para que el juez que conocía de los autos prosiguiera en ellos como hallase por Derecho.

También se ocupa del remedio de adherirse a la apelación y de sus efectos (capítulo VI). Quienes se consideraban agraviados por la sentencia de los jueces apelaban de ella para que el superior la enmendase y, si no lo hacían o no seguían la apelación en los términos señalados, se entendía que la aprobaban y consentían, pasando en autoridad de cosa juzgada para su ejecución. El emperador Justiniano permitió a la parte que no apeló que pudiera pedir en el tribunal superior que se reformase la sentencia del inferior en aquello que la consideraba gravosa y perjudicial. En opinión del autor que seguimos y a diferencia de otros que menciona, se concedía al apelado una facultad independiente y libre para usar de ella, oponerse a lo juzgado y solicitar su enmienda en lo que le hubiese sido gravoso, interviniendo para esto una sola condición reducida a que la parte contraria hubiese apelado, proponiendo las causas de su apelación, pues esto servía para excitar y poner en movimiento el derecho de la parte que no apeló, dirigiéndose a los fines que explicaba la propia ley. En resumidas cuentas, por esta disposición se concedió un remedio subsidiario equivalente al ordinario de la apelación.

Prosigue con el tiempo en que la parte debía adherirse a la apelación contraria (capítulo VII). Recuerda que el apelante debía presentarse ante el juez superior con el testimonio de la apelación en el término que le señalase el juez que dio la sentencia. Los cinco días que se concedían para apelar o extinguir con su curso el uso de este remedio no corrían al que quería adherirse a la apelación contraria, ni perdía este auxilio, aunque no usase de él dentro de ellos y el término para adherirse era el último día del emplazamiento. Una vez pasado sin ejecutarlo, la sentencia tenía autoridad de cosa juzgada.

Otro interesante asunto que encontramos en la obra es el atinente a los terceros opositores (capítulo VIII). De ello se ocuparon muchos autores, pero con gran confusión y oscuridad, lo que dañaba a la causa pública. Ante esto, se propuso reducir esta materia a reglas más sencillas. Aclara que el interés en que se funda el tercero opositor para venir al juicio debe ser positivo y cierto en su existencia, aunque el ejercicio para recobrarlo esté pendiente de algún plazo que haya de llegar. Ese interés puede deberse

a cuatro razones: la primera es la de aquellos que tienen una misma acción o la propia defensa que han producido las partes que litigan. La segunda es la de quienes tienen su acción independiente y separada de la que han promovido las partes en el juicio, aunque procedan de una misma causa y origen. En la tercera estarían los que tienen acción o derecho de segundo orden y quieren venir al juicio entablado. Por último, en la cuarta se comprenden los que teniendo el primer lugar en el uso de la acción o defensa de lo que se disputa en el juicio, quieren venir al que han promovido los interesados de segundo orden, ya lo hagan con noticia de los primeros o sin ella.

Sigue con el tiempo en que podían unirse al pleito los terceros coadyuvantes, entendidos como los que se reputaban por la misma persona que el principal litigante (capítulo IX), ya que su intención y espíritu eran idénticos y reunían las tres identidades de persona, acción y causa. Matiza que para reparar y suspender los efectos de la sentencia que le perjudicaba, debía apelar dentro de los diez días contados desde que llegase a su noticia, aunque había autores que defendían que solo se podía apelar en el mismo término que corría para los principales.

También había otra clase de terceros opositores, que, aunque tomaban el mismo origen y causa que los coadyuvantes, se diferenciaban en el fin a que se dirigían (capítulo X). En la Nueva Recopilación III,4,41 se hablaba del tercero excluyente que se oponía a la ejecución despachada a instancia del que había litigado con otro, sin distinguir si la ejecución procedía de cosa juzgada o instrumento público. Tampoco diferenciaba la ley de los derechos que producían los terceros opositores, ya fuese por razón del dominio, de la posesión o de la preferencia en la cosa que se iba a entregar o vender por efecto de la ejecución. Ante esas dudas, los terceros opositores excluyentes no se admitían a la causa si no probaban de un modo sumario el buen aspecto de su derecho. Tras una larga exposición, Acedo declara que en cualquier tiempo y estado de la causa en que apareciera el tercero excluyente, aunque estuvieran publicadas las pruebas, debía ser oído hasta que se igualase con el estado de la primera causa y podían después unidas las dos por un mismo juicio y sentencia.

En los tres últimos capítulos de la parte segunda se adentra en la ejecución de las sentencias. Asevera en el XI que es la intención primitiva de los que litigan, pues siempre se dirigen a recobrar o adquirir lo que les pertenece o a asegurarse en la posesión de los bienes que gozan. Cuando los litigantes han conseguido que se ejecuten las sentencias, unas veces logran la seguridad permanente de sus derechos y en otras eso es solo temporal y sujeta a la suerte de que se reforme. En este apartado se ocupa de cómo se deben cumplir las resoluciones judiciales, incluyendo el proceso de ejecución forzosa y las consecuencias de no cumplir las sentencias.

En el capítulo XII recuerda que es el juez de primera instancia a quien corresponde ejecutar las sentencias, pasando en autoridad de cosa juzgada. Expone que hay varias razones por las que reciben las sentencias la autoridad permanente de cosa juzgada: si los litigantes consienten expresamente la que es dada por el juez de primera instancia; si lo hacen por un reconocimiento tácito de su justicia, no apelando en el término que señalan las leyes; si aunque la interpongan y les sea admitida, no la mejoran en el que les concede el juez y, por último, si mejorada ante el superior, la desamparan por no presentar el proceso en tiempo competente o no la continúan, dando justa causa a que se estime y declare por desierta, sin entrar el superior en el conocimiento del negocio principal.

Por su parte, en el capítulo XIII se ocupa del tiempo en que el juez debía proceder a ejecutar la sentencia, pasada en cosa juzgada. En este punto recordaba que

las leyes no oprimían a quienes debían cumplir los mandamientos de los jueces. Siempre les concedía plazos proporcionados para que pudieran ejecutarlos por los medios menos gravosos. Este era el sistema general que disponían las leyes y observaban los tribunales. Así, las Partidas concedía diez días al demandado, que confesó la deuda, para que pudiera cumplir con el pago de ella y tres para entregar los bienes a que era condenado el reo, pero ello no impedía al juez que lo pudiera prorrogar, concediendo el que estimase más conveniente, atendiendo a las circunstancias y las personas.

La tercera y última parte del tomo primero se estructura, como sabemos, en seis capítulos. Después de referirse a las sentencias y de los jueces que debían ejecutarlas, se centra en el remedio que podían tomar las partes cuando hubiera intervenido algún agravio. De hecho, eran varios los medios a través de los cuales se excedían los jueces en la ejecución de la cosa juzgada, como pusieron de manifiesto, sin la debida claridad en su opinión, diversos autores.

Era fundamental que la parte ejecutada y los terceros coadyuvantes o ejecutores propusieran sus excepciones y defensas ante el mismo juez ejecutor, sin que pudieran hacerlo en el tribunal del juez principal que dio la sentencia (capítulo II). Quienes litigaban podían hacer sus defensas y proponer excepciones en dos tiempos: el primero, durante el juicio principal; y el segundo, durante el ejecutivo, procedente de la sentencia pasada en cosa juzgada. En cambio, los terceros opositores solo tenían un tiempo para producir sus derechos y excepciones en la ejecución de la sentencia pasada en cosa juzgada.

Los que habían litigado en un juicio, pasado en cosa juzgada, podían usar de la apelación y de los recursos de nulidad y queja para enmendar las injusticias y los excesos de los jueces ejecutores (capítulo III). Aunque la apelación era el medio común recomendado por las leyes para el fin de prevenir y reparar los agravios que hacían los jueces, con todo no siempre los detenía, sino que muchas veces dejaba correr su ejecución por la mayor autoridad y presunción.

Por eso se establecieron otros remedios como la segunda suplicación (capítulo IV). Comienza recordando a Maldonado y su tratado sobre este asunto y también a Avendaño. Como se trataba de una materia ampliamente abordada por otros autores, se propuso solo indicar las reglas establecidas por las leyes y observadas en los tribunales, prestando especial atención a la ley 1, título 20, libro 4 de la Recopilación, que permitía suplicar por segunda vez en los pleitos comenzados en las Chancillerías, ante los oidores y concluidos por su segunda sentencia en revista, de la cual no podía haber apelación, ni suplicación. Insistía en la idea de que la suplicación traía su origen en la merced del rey y ésta suponía que la primera sentencia hacía cosa juzgada con efecto de verdadera ejecutoria y que necesitaba de toda autoridad real para que, por gracia o merced, se reabriera el juicio y se volviese a examinar, que es lo que correspondía al nombre de revista, siendo ésta una diferencia notable entre la suplicación y la apelación. En el escrito, entregado al escribano de la causa, debía el litigante exponer detalladamente a los oidores los motivos en que se basaba para sentirse agraviado, pidiéndoles que se reuniesen para revocar o, al menos, modificar la sentencia en aquellos extremos que le perjudicaban. Esto era imprescindible, ya que, según Acedo, faltando estos fundamentos los jueces estimaban la suplicación por frívola y maliciosa y no la admitían.

Esa posibilidad de que los pleitos comenzasen en el Consejo Real o en una de las Audiencias y Chancillerías vulneraba una elemental regla procesal. En concreto, la

obligación de que los pleitos se incoaran ante los jueces destinados en la localidad donde residiese el demandado, ya que no se le podía forzar a litigar fuera del mismo. Todo ello conllevaba que el comienzo de los pleitos ante alguno de estos órganos superiores solamente se justificaba por la defensa de un interés general, que primaba sobre el particular de cada uno de los litigantes. Entre estos casos excepcionales, el conde de la Cañada enumeraba los pleitos en que interviniesen las viudas, los huérfanos, los pobres, los impedidos y todos aquellos que recibían la condición jurídica de miserables.

Esta legislación fue objeto de importantes cambios por reales resoluciones, como el auto acordado de 8 de enero de 1745, por el que, recuerda nuestro autor, los recursos de segunda suplicación fueron sustanciados por trece ministros pertenecientes a las tres Salas de Justicia del Consejo, con lo que se perdió la exclusividad de la tradicional Sala de Mil y Quinientas.

Otro remedio fue el recurso de injusticia notoria (capítulo V). Hubo que esperar al 17 de febrero de 1700 para que, por vez primera, se promulgara un auto acordado donde se especificasen las reglas que afectaban a esta clase de recursos que cotidianamente se interponían en el Consejo, fundamentados en la existencia de un presunto agravio que los jueces que dictaron las sentencias de revista habían generado en perjuicio de los recurrentes. Reglas que fueron mejoradas y ampliadas por otro auto de 24 de abril de 1703. Como se puso de manifiesto en éste, el anterior de 1700 no consiguió que aminorara la frecuencia con que se interponían los recursos de injusticia notoria. Por el contrario, la experiencia demostraba que habían aumentado, a la par que la malicia de los recurrentes, en la medida que la amenaza de que se impusiera una pena económica contra el recurrente, cuando la sentencia era confirmada, no logró el efecto disuasorio perseguido desde la entrada en vigor del primer auto, lo que provocó que los ministros del Consejo debiesen ocupar gran parte de su tiempo en la resolución de procesos de poca cuantía, en vez de centrarse en asuntos de mayor relevancia. El recurso de injusticia notoria, por tanto, no encontró su origen en estos dos autos acordados, sino que con ellos se pretendió dar cobertura normativa a una situación procesal cotidiana. Afirmación que apoyamos en las palabras de un perfecto conocedor de la Administración de justicia de la época, el conde de la Cañada, para quien lo único que se hizo fue establecer las necesarias condiciones para su interposición, a efectos de evitar las conductas abusivas de muchos litigantes que interponían los recursos sabedores de que no tenían que probar la presunta injusticia sufrida ni se arriesgaban a satisfacer multa alguna.

De hecho, nuestro autor se refirió a la elevada cantidad de causas que llegaban al Consejo por haberse interpuesto recurso de injusticia notoria. Sin embargo, en ningún caso se descubrió que las sentencias recurridas de las Chancillerías o Audiencias contuviesen una decisión notoria contra las leyes o derechos expresos, sino que se hacía preciso indagar con detenimiento en los hechos probados. Sostenía que, en caso de que se dudase acerca de si estaban probados los hechos o sobre lo dispuesto por las leyes para la decisión, no debía justificarse la causa esgrimida en el recurso porque eso atentaba contra la presunción y autoridad de la sentencia de revista.

Los autos acordados 6, 7 y 10, título 20, libro 4 explicaban con claridad todas las partes de este recurso desde su principio, progreso y fin. Partiendo nuevamente de su experiencia, indica que había visto proponer y disputar en el Consejo, tanto por vía de defensa de las partes como en la decisión de los pleitos, que se introducían estos recursos fundándose en la existencia de una simple injusticia y no de una in-

justicia notoria. Fue en el auto 10 de 12 de enero de 1740 cuando se halló por primera vez las palabras «injusticia notoria» aplicadas a este recurso, pero de un modo enunciativo y con referencia a las disposiciones anteriores. El mismo reservó a las partes el recurso en aquellas causas que por su calidad y circunstancias no admitían la segunda suplicación, sin dejar la menor duda en que la injusticia debía ser notoria. Acedo defendió y juzgó bastantes pleitos que habían llegado al Consejo por recurso de injusticia notoria y en ninguno halló que las sentencias de las Chancillerías y Audiencias contuvieran una determinación clara y positiva contra las leyes y derechos expresos, ni que caducase por falta de poder, citación, ni subversión del orden público que influyese en la defensa de las partes.

Finaliza con el capítulo dedicado a la recusación de los jueces (VI). Considera que de todos los medios que los hombres tienen de defender sus facultades y derechos es, sin duda, la recusación uno de los más cumplidos y seguros. Las causas para recusar podían ser varias: Unas inocentes, sin culpa de los jueces, como la de parentesco de consanguinidad y afinidad o la de amistad anterior con alguna de las partes que litigaban. Otras criminosas, como la de soborno o enemistad. El principal efecto de la recusación del juez ordinario, según las leyes reales, se reducía a que otro procediera a sustanciar y determinar la causa. Era muy elevado el número de jueces ordinarios que ejercían jurisdicción sin que hubieran merecido aprobación, ni tuvieran nombramiento del rey, ni éste noticia de sus personas, ni de sus costumbres, al haber sido designados por los dueños particulares de los pueblos y de su jurisdicción. Advertía que toda recusación debía hacerse con causa justa y suficiente para inducir sospecha del juez y que se probase por la parte que recusaba. Concretamente, la ley 2, título 10, libro 2 de la Recopilación exigía alegar justa causa de sospecha, jurarla y probarla.

Como antes dijimos, el tomo segundo está dedicado a los recursos de fuerza. Concretamente, lleva por título *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza: modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales reales superiores,* Madrid, oficina de Benito Cano, 1794.

El propio Acedo reconoce que el estudio del origen y conocimiento de estos recursos, que observó durante muchos años en el Consejo y Cámara, le estimularon para escribir este tomo. A pesar de tratarse de una materia tan interesante, no había sido tratada con la solidez, extensión y claridad que exigía. Estos recursos no se apoyaban en el capricho de excederse los jueces en su respectiva jurisdicción, sino en que dudaban sobre el debido uso de ella en los casos que ocurrían. Ante este cúmulo de dificultades, pretendió que los jueces de uno y otro fuero conocieran hasta dónde llegaba su facultad.

Estas *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza* se dividen, a su vez, en tres partes bien diferenciables. En la primera, se ocupa de los recursos más obvios y comunes. En la segunda, de otros más difíciles y menos conocidos y, en la tercera, los más complicados e inaccesibles.

En una época en la que la jurisdicción eclesiástica y civil se enzarzaban en continuos conflictos, la obra quiso dotar de rigor normativo al recurso de fuerza, entendido como el mecanismo que permitía impugnar decisiones arbitrarias de los tribunales eclesiásticos ante la justicia del rey.

No hay que olvidar que, aunque el recurso de fuerza ya existía desde la Baja Edad Media, cuando los monarcas comenzaron a intervenir en asuntos eclesiásticos a través de provisiones reales, fue en el siglo XVIII cuando cobró especial vigor dentro del regalismo borbónico, como forma de limitar el poder eclesiástico y de fortaler la auto-

ridad monárquica sobre todas las jurisdicciones del reino. Durante los reinados de Carlos III y Carlos IV, el Consejo de Castilla desarrolló este mecanismo para que la justicia real prevaleciera sobre cualquier otra instancia, incluyendo la eclesiástica. Hay que tener presente que el sínodo castellano tenía facultad para suspender, anular o modificar las decisiones de los tribunales eclesiásticos cuando afectaban a los derechos de los laicos o interferían en la jurisdicción real. Ello no podía interpretarse como un ataque a la Iglesia, sino como una garantía de equilibrio entre los poderes del reino. Por eso, esta obra de Acedo Rico se convirtió en una referencia fundamental para la práctica judicial de la época, proporcionando la forma más adecuada de como debía interpretarse y resolver el recurso de fuerza.

Tal recurso presentaba tres modalidades fundamentales: la primera, cuando un tribunal eclesiástico se negaba a tramitar o resolver un caso en el que un laico tenía interés legítimo; el segundo, cuando dicho tribunal intervenía en asuntos civiles o administrativos que no le competía y, tercero, cuando dictaba una sentencia contraria a las leyes del reino o la ejecutaba incorrectamente.

La parte primera consta de once capítulos. En el inicial recuerda que tocaba al rey prevenir y alzar las fuerzas a todos los ciudadanos de su Estado y añade que la autoridad que trasladaron los hombres a la cabeza que eligieron para su gobierno era aquella misma facultad y primitivo poder que concedió Dios a los hombres para defenderse y conservarse. Por tanto, el poder que residía en los reyes nacía del Derecho natural y divino para usar de él en proteger a sus ciudadanos de toda opresión y violencia. La fuerza que hacían los jueces, abusando de su autoridad, exigía el más pronto y efectivo remedio.

Prosigue analizando en el capítulo II la fuerza que hacían los jueces eclesiásticos en conocer y proceder en las visitas de las memorias y lugares píos. Aquéllos no podían inmiscuirse en sus procedimientos en lo que privativamente pertenecía al oficio de los reyes. Las controversias se excitaban en conocer lo que estaba dentro de los márgenes de las dos supremas potestades. El mismo Jesucristo fijó los limites de la potestad de los apóstoles. Dentro de ella quedaron los ministerios de las cosas espirituales y demás que afectaban al gobierno de la Iglesia, sin incluir las profanas y temporales. El conocimiento de éstas y de los delitos comunes quedó a cargo de los emperadores, reyes y de sus respectivos magistrados. Aludiendo, nuevamente, a su dilatada experiencia, aclara que, durante muchos años que asistió a las Salas de Gobierno del Consejo en las que se trataba de las fuerzas de conocer y proceder, no había hallado que los jueces eclesiásticos ni los seculares hubiesen intentado conocer de las causas que consideraban pertenecientes a su fuero sin fundamentos y para ello ofrece ejemplos de casos particulares.

Los obispos eran, por su oficio, ejecutores de las disposiciones piadosas. Por ello, tenían derecho a visitar todos los lugares píos, aunque estuviesen al cuidado de los legos, tomar razón del estado de sus rentas y ejecutar lo que no se hubiese cumplido en las causas y objetos piadosos. Ninguno de los autores que previamente habían estudiado este asunto determinó los límites de hasta dónde podía llegar el obispo en la toma y decisión de las cuentas y en la ejecución de sus resultas, ni señaló los medios que podía utilizar. Ante este vacío, nacieron disputas entre los jueces eclesiásticos y reales, dando lugar a frecuentes recursos de fuerza en conocer y proceder por el exceso de sus facultades.

Sigue con el capítulo III, dedicado a la fuerza de conocer y proceder en la publicación del testamento, en cuanto a su nulidad, y en el inventario de los bienes de la he-

rencia. Los clérigos podían disponer por testamento no solo de sus bienes patrimoniales, sino también de los adquiridos por razón de una iglesia, beneficios y rentas eclesiásticas. Asimismo, podían instituir herederos a legos y otros clérigos. Sobre esta cuestión surgían tres dudas. La primera, si la publicación del testamento debía hacerse ante el juez eclesiástico o el real. La segunda, si el inventario de los bienes de la herencia, antes de ser admitida por el heredero, se había de hacer por el juez eclesiástico o el real. La tercera, si lo que se demandare a la herencia yacente se debía hacer en el fuero eclesiástico o en el real. El conde de la Cañada advertía que había visto que el Consejo, en los casos referidos y otros semejantes, declaró que el juez eclesiástico, que intentaba mezclarse en la publicación del testamento del clérigo, en el inventario de sus bienes, en conocer de la nulidad del mismo testamento y en la sucesión de la herencia, hacía fuerza en conocer y proceder por lo que no se permitía que los tribunales eclesiásticos tomasen conocimiento de la nulidad de testamentos, inventarios, secuestros y administración de bienes, aunque se hubieran otorgado por personas eclesiásticas.

Otra interesante cuestión es la referida a la fuerza en conocer y proceder en las causas decimales (capítulo IV). Para comprender bien este tema, recuerda que el quinto mandamiento de la Iglesia obligaba a pagar diezmos y primicias, lo cual fue ratificado en diferentes concilios. Los jueces eclesiásticos tenían el cargo y la jurisdicción competente para apremiar a los que debían pagar diezmos y primicias. El Consejo siguió la misma práctica de dejar al conocimiento de los jueces eclesiásticos el cobro de la merced o precio a que se obligaban los arrendatarios de los diezmos o rentas de la Iglesia.

También se dedica a la fuerza en conocer y proceder en las capellanías y patronatos laicales (capítulo V). En este sentido, si alguien fundase una capellanía laical, aunque impusiera al poseedor la obligación de decir algunas misas y cumplir otras cargas pías, los bienes y rentas conservaban la misma naturaleza de temporales y profanos que tenían con sujeción a la jurisdicción secular y resistían al eclesiástico su conocimiento. De hecho, lo más común en España era la fundación de capellanías laicales sin autoridad del obispo, llamando para su disfrute a los clérigos de la parentela o a los que nombrasen los patronos.

De igual forma, analiza la fuerza de conocer y proceder que hacían los jueces eclesiásticos en la ejecución de las sentencias que dieren, prendiendo las personas legas o embargando sus bienes (capítulo VI). Se refiere a los jueces eclesiásticos legitimados para conocer, proceder y acabar los juicios por sus sentencias y que debían aprehender a personas legas y embargar sus bienes por autoridad propia. Se plantea si el juez eclesiástico había de pedir auxilio al real antes de usar de censuras o cuando éstas no habían alcanzado a hacerse obedecer y cumplir sus sentencias. También aborda los medios de que podía usar el juez eclesiástico cuando el real se negaba a darle el auxilio que le pidió.

A renglón seguido, se adentra en el estudio de los tribunales que podían alzar las fuerzas que hacían los jueces eclesiásticos en conocer y proceder contra legos en causas profanas (capítulo VII) y de las fuerzas en no otorgar las apelaciones legítimas (capítulo VIII). Precisamente, sobre esto último afirma que en la denegación de la apelación había agravio que corregían las leyes porque la legitimidad de la apelación, que no concedió el juez eclesiástico, era un supuesto preliminar necesario que debía asegurarse el tribunal real para alzar las fuerzas.

Tras lo anterior, se centra en la forma de conocer y proceder de las fuerzas que hacían los eclesiásticos (capítulo IX). Nuevamente, recuerda que los recursos de

fuerza buscaban eliminar el exceso en el uso de la jurisdicción eclesiástica, cuando no se guardaba el orden público de los juicios, señalado por los cánones y las leyes, para que las partes lograsen ejercer libremente la natural defensa de sus derechos. Si el juez eclesiástico hubiere negado la apelación interpuesta, debía la parte agraviada introducir dos fuerzas en el mismo escrito: una principal, llamada de conocer y proceder, y otra subsidiaria, por no haberla otorgado la apelación que interpuso en tiempo y forma. Por estas consideraciones, admitía con frecuencia el Consejo el medio de declarar la fuerza en conocer y proceder.

También era habitual que el rey informase de las fuerzas que hacían los jueces eclesiásticos por modos y medios extrajudiciales y las mandaba alzar en uso de su potestad económica (capítulo X). Y es que el monarca era cabeza, alma y vida de su reino y, por tanto, debía defender a sus súbditos, como padre común, tutor y protector de todos los de su reino y amparar de las fuerzas a todos sus vasallos. No en vano, una ley de la Recopilación permitía que se defendiera la jurisdicción real cuando la impedía o turbasen los jueces eclesiásticos y daba licencia para que resistieran a los fiscales y ejecutores de los eclesiásticos, que intentasen prender o embargar a las personas y bienes de los legos.

Los autos de fuerza en conocer y proceder no eran suplicables, ni convenía que lo fuesen (capítulo XI), pues dicho conocimiento era extrajudicial e informativo y arreglado a los límites de una justa y natural defensa. Por ello, quedaba excluida la suplicación de las providencias que se tomasen para impedir o alzar la fuerza por ser limitada la misma a los autos judiciales contenciosos. Tanto las leyes como los autores coincidieron en esto último. Acedo pone el ejemplo de un expediente llevado ante el Consejo en el que se suplicó del auto de fuerza de conocer y proceder, no con respecto a lo principal, sino a la condenación de costas y a la multa que se impuso al juez eclesiástico, que había conocido del negocio. Oído el fiscal, se multó en trescientos ducados al abogado que introdujo el recurso y se declaró no haber lugar a él.

La parte segunda se estructura en otros doce capítulos. El primero se centra en el recurso de nuevos diezmos. Una vez más, el conde de la Cañada invoca la oscuridad con que los autores previos habían tratado esta cuestión, por lo que se carecía de la instrucción necesaria para proponer, ordenar y resolver estos procesos. Para ello, interpreta la ley 6, título 5, libro 1 de la Recopilación, que divide en tres partes. Según él, en la citada disposición se alude a que algunas villas y lugares no pagaban diezmos, liberándolos de las demandas no esperadas que ponían los obispos y cabildos ante los jueces eclesiásticos para que pagasen los diezmos de los frutos que durante largo tiempo habían percibido íntegramente. También se refiere a los medios y modos con que se había de formar y examinar el proceso en el Consejo, empezando desde la instancia o queja, que motivaba el recurso.

No se olvida tampoco de la fuerza en conocer y proceder que hacían los jueces eclesiásticos, mandando exigir rediezmo de los frutos que se hubiesen ya diezmado (capítulo II). Subraya que la ley 7, título 5, libro 1 de la Recopilación era capital en esta materia porque se contenía la petición que hicieron los reinos al rey para que se sirviese proveer que no se pidiese, ni se volviese a pedir diezmo de lo que se hubiese pagado, ni llevasen rediezmo los prelados y otras personas eclesiásticas. No bastaba para impedir este recurso el que voluntariamente hubiesen pagado rediezmo algunos años si no completaban el número de diez continuos, que era el tiempo suficiente para formar costumbre en estos actos piadosos a favor de la Iglesia, como así coincidían los autores.

En lo atinente a las fuerzas de conocer y proceder en la inmunidad local de las iglesias (capítulo III), advierte que esto ocupaba gran parte del cuidado de los supremos tribunales y los jueces reales porque durante siglos no se interrumpió el poder y jurisdicción de los reyes en extender, limitar, interpretar y declarar los casos y circunstancias en que podía tener lugar el indulto por la inmunidad de la Iglesia y así se aseguró en varias de las leyes de Partidas. En todas ellas se reservaba a los jueces eclesiásticos el conocimiento y declaración de las deudas que ocurrían sobre la inmunidad local y debían arreglarse en sus procedimientos al orden, forma y límites que señalaban las constituciones apostólicas, sin ofender la jurisdicción real.

Para resolver la fuerza debían tenerse en cuenta las siguientes circunstancias. La primera, si estando el reo en la iglesia saliese a sus inmediaciones y siendo preso en ellas alegase, para libertarse del juez real, que el lugar de su prisión era inmune por la continencia con el templo y sus franquicias. La segunda, si saliendo el reo de la iglesia a larga distancia y poniéndose en lugar notoriamente profano, fuese perseguido por la justicia real y preso en las cercanías de la iglesia de donde había salido o de otra y alegase que aquel lugar participaba de la inmunidad de la iglesia. La tercera se producía con aquellos reos que se acogían y mantenían en el asilo de los templos por delitos notoriamente exceptuados en las disposiciones canónicas de la inmunidad.

Partiendo de su experiencia, afirma que siempre entendió, sobre los principios de la inmunidad local, que el juez real conservaba su jurisdicción en la causa y en el reo lego, aunque éste se hubiese refugiado y permaneciera en la iglesia y que podía, en uso de ella, sustanciarla tanto en el sumario como en el plenario hasta llegar a la sentencia y aun pronunciar pena de muerte u otra corporal, suspendiendo la ejecución hasta tanto que se declarase no gozar el reo de inmunidad.

Respecto a la fuerza de conocer y proceder que hacían los jueces eclesiásticos, mezclándose en la imposición y cobranza de los tributos reales, con que debían contribuir los clérigos en los casos que lo permitía el Derecho (capítulo IV), asevera que los eclesiásticos tenían la obligación de ayudar con sus auxilios y contribuciones a mantener las cargas del Estado, que no podían sostener por si solos los legos. El conocimiento de estas necesidades había correspondido siempre al rey y fue el fundamento que justificó la contribución de eclesiásticos. Al mismo monarca debía pertenecer, privativamente, la autoridad de interpretar y declarar las dudas que se ofrecían sobre la extensión de las franquicias que recibieron los clérigos por mano real.

De la fuerza de conocer y proceder en la ejecución de las bulas apostólicas, en que se mandaban proveer beneficios eclesiásticos, impidiendo o derogando el patronato laical (capítulo V) ya existían varios tratados, en especial el de Salgado, por lo que, en gran medida, se remite al mismo.

Si el Papa mandaba proveer los beneficios eclesiásticos del reino en extranjeros o en naturales que no fuesen patrimoniales, en los obispados o pueblos, donde por costumbre y constituciones apostólicas se debían proveer en los diocesanos o hijos de dichos pueblos, se estimaban perjudiciales a la causa pública del Estado (capítulo VI). Diferentes leyes recogidas en la Recopilación señalaban los daños que causaba la provisión de los beneficios en quienes no eran naturales del reino y originarios de obispados y pueblos en que por costumbre y constituciones apostólicas se concedían. Estos mismos daños se explicaban también en cánones conciliares. Según su experiencia, muchos pueblos pretendían que se declarase o hiciesen patrimoniales sus beneficios, a lo que respondía el Consejo que no convenía condescender con estas instancias.

Asimismo, se adentra en la retención de las bulas apostólicas (capítulo VII) cuando éstas provocasen grave daño de tercero. Salgado recogió los supuestos principales. La ley 6, título 5, libro 1 de la Recopilación defendía el uso de la autoridad real para reparar el daño público que causaban los eclesiásticos que intentasen exigir diezmos de algunos frutos cuando no se hubiese pagado en villas y lugares. De hecho, el Consejo no admitía recurso de nuevos diezmos si presentaba queja algún particular que estaba en posesión de no haberlos pagado. Era preciso acreditar el daño público para que prosperase la retención. Este perjuicio se producía siempre que se atacaba al Derecho natural.

Respecto a los tribunales que podían y debían conocer de las bulas apostólicas y suspender o enmendar el daño público que considerasen en su ejecución (capítulo VIII), una ley de la Recopilación se refería a los perjuicios que causaban las bulas apostólicas que se expedían para que se confiriesen beneficios en diversos obispados a los que no eran hijos patrimoniales de ellos en detrimento de otros privilegios apostólicos obtenidos por los reyes a favor de los naturales de dichos obispados. Por dicha norma se estableció que era necesaria la autorización regia para usar y ejecutar las bulas apostólicas y que la importancia de estos negocios determinó que su examen correspondiera al Consejo. De este asunto se ocuparon diversos autores, que recordaban que se trataba de un asunto observado en otros reinos católicos. Sin embargo, Acedo, en todos los años que observó la práctica de los negocios que llegaban al Consejo, no vio ninguno correspondiente a la presentación y remisión de las letras apostólicas antes de su ejecución o que la intentasen hacer las partes que las obtenían, pues las presentaban directamente al juez ejecutor, quien les daba cumplimiento.

Los que impedían a los jueces ordinarios eclesiásticos conocer en primera instancia de las causas, que pertenecían a su fuero, hacían notoria fuerza en conocer y proceder, correspondiendo estos recursos privativamente al Consejo (capítulo IX). Indica que eran frecuentes los recursos motivados entre jueces eclesiásticos ordinarios que pretendían corresponderles el conocimiento de las causas en primera instancia y ello se determinó por las reglas comunes que establecían la preferencia de los fueros. El Consejo resolvió que los ordinarios diocesanos y demás jueces eclesiásticos, a quienes correspondía el conocimiento en primera instancia de todas las causas pertenecientes al fuero de la Iglesia, no serían impedidos por los nuncios de su Santidad en el uso de su jurisdicción, sino que deberían auxiliarles.

En lo que atañe al principio, progreso y fin del recurso de retención y suplicación de las bulas apostólicas (capítulo X) señala que ello fue privativo del Consejo y que para liberar a sus ministros de esta obligación se ordenó que los negocios que estuviesen pendientes en él sobre beneficios patrimoniales y eclesiásticos los remitiesen a las Audiencias, excepto los que ya estuvieran sentenciados en vista.

Este remedio de la retención de las bulas, ejecutadas antes de proponer el recurso en el Consejo (capítulo XI) estaba limitado a impedir y suspender el daño público que causarían las bulas, pero no se extendía a reponer o enmendar el que ya había irrogado su ejecución.

Finaliza esta parte segunda con las fuerzas en los espolios y vacantes de los arzobispados y obispados de España (capítulo XII). Aclara que ello no fue abordado ni por las más antiguas leyes ni los autores que trataron de la materia. La primera mención se encontraba en un auto de 3 de junio de 1630 que ponía dos restricciones a las facultades que traía el breve y comisión de su Santidad: una que inhibía con

censuras al Consejo y a los jueces por él nombrados del conocimiento de las causas de espolios y otra que prohibía también bajo censuras que en las referidas causas de espolios y demás pertenecientes a la Cámara se recurriese por vía de fuerza al Consejo, Chancillerías y Audiencias, ni se dieran provisiones ordinarias para traer autos, quitando el remedio y recurso de ellas a los vasallos, eclesiásticos y seculares. Sin embargo, por costumbre inmemorial, pertenecía al Consejo admitir y conocer de los recursos de fuerza en las causas de espolios y vacantes, aunque desde 1754 no llegó al Consejo recurso alguno de fuerza de los procedimientos del colector general de espolios y vacantes, ni de sus subdelegados.

Finaliza la parte tercera y, por ende, la obra que nos ocupa con otros nueve capítulos.

En el primero, el conde de la Cañada se centra en las fuerzas que hacían los jueces reales, los medios de prepararlas, introducirlas y determinarlas en los tribunales correspondientes. Recuerda que la jurisdicción y potestad que recibían los jueces, nombrados por el rey para administrar la justicia de sus reinos, era precaria y la debían usar como mandatarios suyos, guardando fielmente los términos y fines de su mandato. Además de la fuerza que cometía el juez, conociendo o ejecutando fuera de su territorio, podía hacer otras dentro de él. En este capítulo explica la forma y orden de estos recursos, las partes que podían introducirlos, los tribunales a que correspondía su resolución y las reales cédulas, provisiones y órdenes expedidas y comunicadas al Consejo.

De las fuerzas que hacían los jueces reales inferiores en conocer y proceder y de los tribunales que debían conocer de ellas (capítulo II), diferentes leyes y autos acordados establecieron lo conveniente acerca de la materia, como también algunos autores. No obstante, éstos dejaron el asunto confuso, especialmente en cuanto a los tribunales que debían conocer de ellas, orden de los recursos, tiempo y forma en que debían introducirlos y si las sentencias que dieren hacían o no cosa juzgada o si podía suplicarse de ellas. Por tanto, Acedo consideró necesario aportar claridad por medio de ciertas reglas y explicaciones.

Por su parte, de las fuerzas que correspondían al privativo conocimiento de la Cámara en la nominación o presentación de los arzobispados, obispados, beneficios consistoriales, prebendas, dignidades y cualesquiera otros beneficios eclesiásticos que vacasen en los reinos de España, Acedo aclara que, en estos casos, la fuerza consistía en despojar al rey de la autoridad y facultades que le competían o en interrumpirlas y embarazar su cumplimiento y ejecución. Reconoce que esta materia era de suma complejidad, por lo que aboga por dividirla por partes en este y en los capítulos siguientes, concluyendo con el resumen de que todos los derechos del patronato real y las demás causas y negocios encargados por el rey a la Cámara, excluían el conocimiento de otros jueces y tribunales y, si intentaban conocer de ellos, cometían notoria fuerza y violencia, cuya defensa correspondía privativamente a la misma Cámara.

El rey había de presentar a su Santidad personas dignas y naturales del reino para los obispados de las iglesias catedrales. Este derecho y preeminencia se hallaban radicados en la Corona, que no podía ofrecer motivo de disputa ni dar ocasión a los jueces eclesiásticos a inquietar de modo alguno esta regalía. También tenía reconocida igual potestad para nombrar y presentar personas dignas para las abadías, monasterios y beneficios consistoriales.

De las fuerzas que hacían los jueces eclesiásticos proveyendo las dignidades, personados, canonjías y beneficios que vacaren en los ocho meses apostólicos o impidien-

do de cualquier modo las presentaciones de S. M (capítulo IV) era de especial interés la real cédula de 30 de mayo de 1759. Mediante ella se pretendió resolver ciertas dudas planteadas por prelados y cabildos sobre el modo de proveer los beneficios curados en las vacantes que ocurriesen, así en los meses apostólicos y casos de las reservas como en los meses ordinarios y también sobre quien debía hacer las colaciones en los beneficios de la real presentación. Se acordó que todos los curatos de provisión eclesiástica, aunque fuesen de patronato eclesiástico de cualquier cabildo, comunidad o particular que fuese, se debían sacar a concurso, de conformidad con lo prevenido en el Concilio de Trento y Constitución Apostólica; que si se causare vacante de los curatos en los meses y casos de las reservas, los arzobispos, obispos u ordinarios eclesiásticos, a quienes tocase, propusieran al rey tres sujetos, los más idóneos, atendidas todas las circunstancias, entre los aprobados en el concurso, remitiendo la terna al Consejo de Cámara, para que se eligiese al que se tuviese por más digno; que si los curatos vacasen en los meses ordinarios, los mismos arzobispos, obispos u ordinarios eclesiásticos, a quienes tocase, precedido el concurso, propusieran igualmente tres sujetos de los aprobados y remitiesen la terna a los patronos eclesiásticos respectivos, para que de ellos eligiesen al que tuviesen más digno.

De estas reglas se exceptuaban las vicarias perpetuas unidas a comunidades o monasterios y los curatos de patronato laical. La Cámara observó constantemente lo dispuesto, siguiendo en sus consultas lo que informaban los obispos.

También de interés fue el real decreto de 24 de septiembre de 1784 por el que se estableció el método y distribución por turno de las dignidades y canonjías de las catedrales, raciones y medias raciones y otras prebendas de las iglesias colegiales.

De forma particular alude al derecho de presentar a los beneficios patrimoniales del Arzobispado de Burgos y Obispados de Calahorra y Palencia, correspondientes al rey (capítulo V). En virtud del Concordato ajustado con la Santa Sede de 1753 eran dos los títulos que justificaban en sus respectivos casos y tiempos la regalía del monarca en la presentación de los beneficios patrimoniales: el derecho de resulta y el del concordato. Ambos son analizados por separado, siguiendo la práctica de la Cámara y recuerda que, desde época inmemorial, pertenecían al rey la presentación de las dignidades, canonjías, curatos u otros beneficios que poseían los nombrados por él para obispados y prebendas del real patronato.

Precisamente, todas las pretensiones o nóminas de prebendas y beneficios, que hacían muchas personas ilustres por gracia, indulto o privilegio apostólico, debieron cesar y caducaron inmediatamente por el citado Concordato ajustado entre la Santa Sede y los reyes de España en el año 1753 (capítulo VI). Siete años continuaron los indultarios después del concordato en la posesión de hacer y repetir las presentaciones de las dignidades, prebendas y beneficios, como lo habían hecho en los tiempos anteriores. Nadie los demandó, ni se pensó reunir a la Corona el derecho de presentar beneficios, como los tenía en los demás que vacaban en los ocho meses y casos de las reservas. Por real orden de 20 de junio de 1760 se dispuso que todos los indultarios apostólicos presentasen en la Cámara los privilegios originales dentro del término de cuatro meses y que en los dos siguientes se les oyese en justicia de un modo instructivo, breve y sumario. En cumplimiento de esta orden presentaron en la Cámara el duque de Alba, Alburquerque y el marqués de Villafranca y de los Vélez sus respectivos indultos originales.

El antepenúltimo capítulo se dedica a la protección que dispensaba el rey a las iglesias vacantes, ya que proteger y defender de injurias y opresiones era un oficio

que nacía vinculado a la dignidad real y era extensivo a todos los ciudadanos de su reino y, más principalmente, de los miserables y desvalidos. Agrega que no había diferencia esencial entre la potestad que el rey ejercitaba en la defensa natural de los oprimidos por los jueces eclesiásticos en las fuerzas y la que usaba en amparar de iguales o semejantes violencias a los que las padecían o temían recibirlas, porque una y otra potestad era económica, tuitiva y paternal y se impartía por medios extrajudiciales, sin mezcla de jurisdicción contenciosa. Diferentes leyes del reino reservaron privativamente al Consejo todos los negocios tocantes al Concilio de Trento para que velase en mantener su observancia y, en general, todos los puntos de la disciplina de la Iglesia.

En el capítulo VIII aborda la protección que impartían los reyes a los cabildos de las iglesias catedrales para mantener y restablecer la disciplina en lo correspondiente a sus oficios y ministerios. Afirma que los cabildos hacían un cuerpo con sus obispos. Éstos eran la cabeza y aquéllos los miembros y todos formaban un consistorio, donde se acordaba las resoluciones de los negocios graves, tocantes al bien general de la Iglesia, siendo los canónigos unos asesores y consejeros del obispo. Así se observó en la Iglesia desde sus inicios. Los mismos oficios de protección dispensaban los reyes a los cabildos, cuando nacía y se fomentaba la discordia entre sus individuos. Nuevamente, Acedo alude a interesantes ejemplos de expedientes que llegaron a la Cámara.

Finaliza esta interesantísima obra con un capítulo donde se recuerda que la Cámara conocía privativamente, con inhibición del Consejo, Chancillerías y Audiencias, de las fuerzas que hacían los jueces eclesiásticos en las causas del real patronato. En la Recopilación se indicaba que los artículos de fuerza de cualesquiera jueces eclesiásticos se traían y determinaban en la Cámara en todo lo tocante al patronazgo y negocios de que en ella se conocía. Añade Acedo que esto no se limitaba a lo tocante al patronazgo, sino que se extendía a los negocios de que conocía la Cámara. Sin embargo, debido a la oscuridad y contradicción de leyes y autos acordados se generaron frecuentes competencias entre el Consejo Real y la Cámara, por lo que, para evitarlos y excusar a las partes de grandes gastos y otros inconvenientes, se declaró por el rey corresponder a la Cámara el conocimiento de las enunciadas causas, inhibiendo al Consejo y a los demás tribunales de conocer de estos recursos de fuerza.

Miguel Pino Abad
Universidad de Córdoba

INSTITUCIONES PRÁCTICAS DE LOS JUICIOS CIVILES.

INSTITUCIONES PRÁCTICAS
DE LOS JUICIOS CIVILES,
ASÍ ORDINARIOS COMO EXTRAORDINARIOS,

EN TODOS SUS TRÁMITES,

SEGUN QUE SE EMPIEZAN, CONTINÚAN, Y ACABAN

EN LOS TRIBUNALES REALES.

POR

EL CONDE DE LA CAÑADA,

GOBERNADOR DEL CONSEJO, Y CÁMARA DE CASTILLA, &c. &c. &c.

TOMO PRIMERO.

SEGUNDA EDICION.

CON LICENCIA EN MADRID:

EN LA OFICINA DE DON BENITO CANO.

AÑO DE 1794.

A LA REYNA
NUESTRA SEÑORA.

SEÑORA.

La gloria de que se han cubierto aquellas ilustres heroinas, que sin contar con las exênciones de su sexô, han sabido partir con los grandes honores las pensio-

nes que son anexas al trono, es un poderoso estímulo para las almas grandes, que en su situacion las inflama y excita á imitar tan dignos y memorables exemplos.

En todos los tiempos nos recuerda la historia algunas de estas almas privilegiadas, que rompiendo, por decirlo asi, los diques de su condicion, y remontándose sobre su esfera, llegáron á adquirirse por su virtud y beneficencia el renombre de bienhechoras de los pueblos.

V. M. será en las edades venideras un modelo admirable, y una excepcion muy singular de las almas comunes de su clase y de su sexô, adonde podrán instruirse aquellas, á quienes eleva la fortuna á disfrutar de las prerogativas del cetro, á tomarse tanta parte en los desvelos y afa-

afanes que cercan á la Magestad.

Si V. M. no tuviese un espíritu dotado de dones tan súblimes, y un corazon lleno de tan benéficos impulsos hácia sus afortunados vasallos, el homenage que pretendo rendir á V. M. en la ofrenda de este escrito, estribaria solo en el profundo reconocimiento que me vincula para siempre á V. M., ó en la confianza de lograr benigna acogida en su soberana proteccion.

Pero quando contemplo que estos discursos son en su objeto tan conformes á los grandes designios de V. M., ¡quánta es mi complacencia de llevar con este nuevo apoyo á L. R. P. de V. M. la ofrenda que me inspiró la gratitud y el reconocimiento!

Y en efecto quando se trata de mejorar la administracion de justicia, que es tanta parte para la felicidad de los pueblos, ¿á quién se puede ir con mas razon que á V. M., que con tanto interes, zelo y acierto procura la de estos reynos, asegurándola con su sabio consejo en circunstancias tan delicadas como las presentes, que llenarán de gloria eternamente la digna memoria de V. M.? Madrid 20. *de Marzo de* 1794.

SEÑORA.

A L. R. P. de V. M.

El Conde de la Cañada.

PRO-

PRÓLOGO.

Una de las partes de nuestra Jurisprudencia mas destituida de la necesaria ilustracion, y mas digna de ser ilustrada, es sin contestacion la práctica de los juicios civiles, que tanto han confundido y complicado los autores con la variedad de sus opiniones y dictámenes. Convencido de esta verdad, y deseando constantemente nivelar la eleccion de todos mis trabajos y operaciones por la necesidad ó importancia de ellas; no tuve que dudar, quando me resolví á tomar la pluma, acerca de la materia que habia de entretener aquellos cortos momentos que me dexaban libres la multitud y gravedad de los negocios, de que me hallo agoviado despues de tantos años.

Habíame enseñado una larga experiencia, tanto en la defensa de los pleytos como en la decision y juicio de ellos, los daños que padecian freqüentemente las partes por la arbitrariedad con que se entendian las leyes del reyno, y se autorizaban en los juicios prácticas enteramente contrarias ó muy poco conformes á ellas. Estos perjuicios, que sentia la causa pública, excitáron mi atencion y zelo, y emprendí, con el deseo de repararlos, escribir y publicar estas Instituciones prácticas para todos los trámites de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales Reales.

Las leyes del reyno conspiran unánimemente á evitar la indefension de las partes, y á que no sufra detrimento su justicia. Este es su voto general;

x

y este es el espíritu á que deben ajustarse las ordenaciones y fórmulas de los juicios, en quanto sea compatible con la diminucion y brevedad de los pleytos, que es otro de los grandes intereses de la causa pública.

La puntual observancia de lo que ordenan y prescriben nuestras leyes acerca de los juicios, es lo que debe llevarse la primera atencion en esta parte. El admitir prácticas contrarias á sus disposiciones es uno de los mayores abusos que han podido introducir los autores, y el que pide mas eficaz y pronto remedio de parte de los Magistrados, por las perniciosas y trascendentales conseqüencias que arrastra semejante trasgresion.

Si la disposicion de la ley traxese en la práctica inconvenientes muy considerables, á los autores solo incumbe el advertirlos y manifestarlos, que son los límites á que deben ceñirse sus facultades, y la parte con que pueden contribuir á su reparacion y remedio.

Quando la ley presenta obscuridad, ó falta ley que expresamente determine algun punto particular, tampoco son libres los autores en forjar opiniones arbitrarias en aquella materia. La regla, que ha de suplir por la ley en semejantes casos, ha de tomarse ó del espíritu general de aquel ramo de legislacion, ó del particular de la misma ley, adonde se tropieza con la confusion y obscuridad, ó finalmente de la utilidad pública, que ha de ser el alma de las opiniones, que no tienen por apoyo la ley, por no haberse establecido sobre aquel punto.

Estas son las maxîmas y principios generales, que hubieran conseguido seguramente poner de acuer-

XI

acuerdo á los autores de Jurisprudencia práctica en sus opiniones, si en vez de extraviarse en discusiones infundadas é infructuosas, hubieran sido meditadas y desentrañadas por ellos, como era menester para discurrir con acierto.

Pero como esto requeria un ímprobo y profundo estudio de nuestra legislacion, una penetracion sólida, y una constancia en la meditacion incontrastable, hasta superar las muchas dificultades que encierran tales materias. Y como estas prendas, por nuestra desgracia, rara vez se encuentran reunidas, por mas que su reunion sea necesaria; quanto mas se han ido amontonando escritos de práctica civil, se ha hecho tanto mas confusa é intrincada.

Yo he hablado siempre con la ley en estos discursos, y con su espíritu, haciendo evidencia de ser tal el que deduzco de ella. He adoptado las opiniones que se conforman al espíritu de nuestras leyes, que por tanto dexarán de ser opiniones, y entrarán en la esfera de la certidumbre y de la verdad.

Y por el contrario los varios dictámenes de diferentes autores que impugno en esta obra, aunque se hayan alzado con el título de opiniones comunes, por la muchedumbre que las ha recibido sin el debido exámen y discernimiento; como las impugnan las mismas leyes ó el espíritu de ellas, ó el defecto de utilidad pública, se rebaxará el concepto que tenian á un grado de improbabilidad, que no pueden ménos de caer en una total desestimacion.

Aunque no contemplo preciso traer aquí á la memoria ningun exemplo particular en confirmacion de mis anteriores proposiciones, cuya verdad se encuen-

cuentra estampada en cada página de este escrito; sin embargo para satisfaccion de mis lectores quiero anticiparles aquí un convencimiento en el punto particular de los terceros opositores excluyentes, de que trata el capítulo diez de la segunda parte.

El que no debe suspenderse el curso de la causa pendiente, quando el tercero opositor introduce su demanda, ha sido la opinion mas autorizada hasta aquí, por el nombre y reputacion de los autores que la han adoptado.

Sin embargo investigando yo el fundamento de esta opinion en las ventajas ó desventajas, que podrian resultar á la causa pública y á las partes de conformarse ó no con ella, que son las fuentes á donde debe recurrirse á falta de ley, segun lo que dicta el espíritu de la legislacion en general; he convencido que no debiendo admitirse ninguna opinion, de cuya práctica se sigan considerables perjuicios, que podian precaverse abrazando la contraria, de donde por el contrario se seguirian muchas utilidades; siendo de esta naturaleza la que establece deberse suspender el curso de la causa, quando interviene demanda del tercero opositor excluyente hasta igualarse con ella, queda la primera opinion enteramente destituida de probabilidad y apoyo, como advertirá quien lea con reflexîon el enunciado capítulo.

Los trámites judiciales tienen sus reglas fixas é invariables en nuestras leyes. Esta circunstancia nos excusa de buscar mas sistema metódico, para tratar de ellos, que el que presenta la misma correlacion y órden con que se entablan, prosiguen y terminan, que es lo que yo he practicado.

IN-

ÍNDICE
DE LOS CAPÍTULOS
QUE CONTIENE ESTA OBRA.

PARTE PRIMERA.

Páginas.

Capítulo I. *Del orígen de las leyes de España, de su valor y respectiva preferencia en las cosas de gobierno, y en la decision de los pleytos contenciosos.* . . . . . 1.
Cap. II. *Del estudio de las leyes.* . . . . . 16.
Cap. III. *De la demanda civil y sus partes.* . . . . 22.
Cap. IV. *De la contestacion.* . . . . . 36.
Cap. V. *De la compensacion.* . . . . . 50.
Cap. VI. *De la reconvencion y mutua peticion.* . . . 56.
Cap. VII. *De la conclusion de la causa para prueba ó difinitiva.* . . . . . 77.
Cap. VIII. *De la prueba en primera instancia.* . . . 94.
Cap. IX. *De la restitucion para probar pasado el término ordinario.* . . . . . 127.
Cap. X. *De la publicacion de probanzas.* . . . . . 154.
Cap. XI. *De la conclusion de la causa para difinitiva.* 180.
Cap. XII. *De la sentencia difinitiva y sus efectos.* . . 196.

PARTE SEGUNDA.

Cap. I. *De la nulidad de la sentencia difinitiva.* . . . 216.
Cap. II. *De las apelaciones y sus efectos.* . . . . . 238.
Cap. III. *De la mejora de la apelacion, su progreso y fin.* . . . . . 270.
Cap. IV. *De las sentencias que hacen cosa juzgada.* . 310.
Cap. V. *Las sentencias dadas por el Consejo, confirmando ó revocando las de los Alcaldes de Corte, Corregidor y Tenientes de Madrid en las causas ci-*

civiles de que estos conocen, hacen cosa juzgada, y el mismo efecto tienen las que dan las dos Salas de Corte. . . . . . 323.
Cap. VI. *Del remedio de adherirse á la apelacion y de sus efectos.* . . . . . 340.
Cap. VII. *Del tiempo en que la parte que litiga debe adherirse á la apelacion contraria.* . . . . . 354.
Cap. VIII. *De los terceros opositores.* . . . . . 359.
Cap. IX. *Del tiempo en que pueden venir al pleyto los terceros coadyuvantes.* . . . . . 373.
Cap. X. *De los terceros opositores excluyentes.* . . . 395.
Cap. XI. *De la execucion de las sentencias.* . . . . . 412.
Cap. XII. *El Juez de primera instancia debe executar las sentencias que pasaren en autoridad de cosa juzgada.* . . . . . 441.
Cap. XIII. *En que tiempo podrá el Juez proceder á executar la sentencia, que es pasada en cosa juzgada.* . . . . . 454.

PARTE TERCERA.

Cap. I. *De los excesos de los Jueces executores.* . . 466
Cap. II. *La parte executada y los terceros coadyuvantes ó excluyentes, deben proponer sus excepciones y defensas en el juicio ante el mismo Juez executor, sin que puedan hacerlo en el Tribunal del Juez principal que dió la sentencia.* . . . . 473.
Cap. III. *Los que han litigado en un juicio, que pasó en cosa juzgada, pueden usar de la apelacion, y de los recursos de nulidad y queja, para enmendar las injusticias y los excesos de los Jueces executores.* . . . . . 483.
Cap. IV. *De la segunda suplicacion.* . . . . . 491.
Cap. V. *Del recurso de injusticia notoria.* . . . . . 514.
Cap. VI. *De la recusacion de los Jueces.* . . . . . 538.

PAR-



PARTE PRIMERA.

CAPÍTULO I.

Del orígen de las leyes de España, de su valor y respectiva preferencia en las cosas de gobierno, y en la decision de los pleytos contenciosos.

1 TOdos los que tuvieren oficio ó cargo de Justicia deben guardar en la ordenacion y decision de las causas, así civiles como criminales, las leyes de los ordenamientos y pragmáticas contenidas en los nueve libros de la Recopilacion, aunque se diga y alegue que no son usadas ni guardadas. Lo mismo se ha de entender en quanto á las que se hicieren y publicaren sucesivamente por los señores Reyes de España, sin embargo de que no esten comprehendidas ni se comprehendan en ella. Y quando los litigios ó negocios no se pudieren determinar por estas leyes, se deberá recurrir para determinarlos á los fueros, así Real ó de las leyes como á los municipales que cada ciudad, villa ó lugar tuvieren, en lo que son ó fueren

usados y guardados en ellos, siempre que no fueren contrarios á las leyes de los ordenamientos y pragmáticas contenidas en la enunciada Recopilacion, ó á las que en lo sucesivo estableciesen los señores Reyes. Á falta de las leyes y fueros mencionados se debe echar mano de las de las siete Partidas, guardando lo que por ellas fuere determinado, aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2.: *aut.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2.

2 Es tan esencial el órden prescripto en la observancia de esta legislacion que su inversion produciria notoria nulidad estando como está fundado en la expresa voluntad del Soberano, y en la justicia y conveniencia pública que le motiva. Porque en lo antiguo se hallaban muchas leyes divididas y repartidas en diversos libros sin la autoridad y órden que era conveniente: algunas de ellas no estaban impresas ni incorporadas en las otras leyes: otras corrian diminutas y equivocadas, ó por haberse sacado mal de sus originales ó por vicio de las impresiones: sus palabras no tenian la claridad que las es tan necesaria, y aun en alguna parte parecian contrarias; y por último habia mostrado la experiencia que no podian executarse otras muchas leyes por el daño que traerian á la república, pues no habia correspondido á su establecimiento la utilidad que se deseaba.

3 Todas estas causas obligaban á tomar seria y pronta providencia recogiendo con buen órden y claridad las leyes, que se debian guardar y cumplir para mantener en paz y en justicia el reyno enmendando unas y estableciendo otras.

4 Á este intento dedicáron su atencion con el mas serio y detenido exámen diferentes señores Reyes, como fuéron Don Fernando y Doña Juana en las leyes publicadas en Toro año de 1505 mandando guardar y executar enteramente la promulgada en Alcalá de Henares por Don Alonso el XI. en 1348, que es la 1. *tit.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá* con las explicaciones, que contiene la que hiciéron aquellos Soberanos, que es la 3. *tit.*

tit. 1. *lib.* 2: Don Felipe II. en la pragmatica de 14 de Marzo de 1567 con la que da principio la Recopilacion: Don Felipe III en la pragmática hecha en Madrid año de 1610: *ley* 9. *tit.* 1. *lib.* 2; y el señor Don Felipe V en los años de 1713 y 1714: *aut.* 1. *y* 2. *tit.* 1. *lib.* 2.

5 El órden y sucesion de las leyes y fueros, que se estableciéron y observáron en España, llevará mas seguramente al conocimiento de las que se deben guardar con preferencia en la ordenacion y decision de las causas. Para descubrir el origen de estas leyes, es necesario subir al tiempo en que viniéron á España los Godos, que fué á principios del siglo V. Esta valerosa nacion con su acreditado valor y constancia se abrió paso á grandes adquisiciones, y aseguró su conservacion por medio de pactos y convenciones acordadas con los Romanos: una de ellas fué, entre otras, que haria por sí y á sus expensas la guerra á diferentes naciones bárbaras, que ocupaban gran parte del imperio de los Romanos dexando á beneficio de estos todo quanto ganasen; y habiendo cumplido con este pacto desempeñando á satisfaccion sus obligaciones, los aseguráron en recompensa los Romanos en las posesiones, que ya tenian en las Haldas de la Francia y de la España añadiéndoles el señorío de la Guiena con todas sus ciudades y otros pueblos de consideracion que comprehendia: Marian. *Hist. de España*, *lib.* 5. *cap.* 2. *año de* 418.

6 Esforzados los Godos con estos favorables sucesos ya les parecian cortos los límites de su señorío, y empezáron á romperlos con deseo de extenderle á todas las provincias de España. Sucedióles felizmente este pensamiento, y tanto adelantáron sus posesiones y dominios que por el año de 467 ya ocupaban casi toda la España; y en el de 572 habian arrojado á los Romanos de todas las provincias de la Bética: Marian. *Hist. de España*, *lib.* 5. *cap.* 5. *año de* 467, *y en el cap.* 11. *año* 572.

7 Por espacio de casi un siglo desde su entrada no tuviéron los Godos otras leyes que las costumbres, que ha-

bian traido del Norte mejoradas sucesivamente por el trato con los Romanos. El primero, á quien sabemos mereciese algun cuidado la legislacion, fué Eurico padre de Alarico, que empezó á promulgar algunas leyes segun resulta de un testimonio de San Isidoro. El Breviario, que de órden de Alarico dispuso su Ministro Aniano á principios del siglo VI, se componia de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano con las sentencias de Cayo y Paulo; y miraba principalmente á los Romanos recien sujetados, quienes no hubieran llevado con paciencia se borrase la memoria de sus leyes.

8 Pero acabada del todo la conquista habiendo faltado con ella los motivos, que habia ántes de contemporizaciones, era consiguiente pensasen en recoger las leyes que desde Eurico habian ido publicando, y en establecer las que faltasen para componer una legislacion uniforme, y que sirviese para todos los vasallos de su imperio.

9 Verificóse con efecto así ó en tiempo de Sisenando, á quien comunmente se atribuye la primera formacion del Fuero Juzgo, ó en el de Receswinto y octavo Concilio Toledano. Desde entónces cesáron ya del todo las leyes Romanas; y para remover toda duda en un punto tan capital del gobierno, se hiciéron especiales declaraciones prohibiendo siempre que se tuviesen por leyes, ni se alegasen como tales en los juicios, y mandando que los Jueces se gobernasen por las contenidas en aquel código llamado por este respecto en el idioma latino en que se escribió *Forum Judicum*, y despues en las traducciones Fuero de Jueces, y por último Fuero Juzgo.

10 Esta coleccion tuvo sus adicciones y reformas, como lo manifiestan las muchas leyes que comprehende de los Monarcas posteriores hasta Egica, que segun el testimonio de nuestros historiadores le dió la última mano valiéndose para ello de los Padres del Concilio Toledano XVI.

11 Mereció mucha veneracion en su tiempo este có-

código de leyes, que fuéron las primitivas de España, y se observáron con la mas escrupulosa exâctitud, así por la justicia y equidad que contenian como por haberse exâminado tantas veces con la mas seria y detenida reflexion por los Prelados, y otras personas de grande autoridad y sabiduría que asistiéron á los Concilios Toledanos: diligencia que por sí sola ponia en gran crédito y estimacion las leyes que se publicaban con este acuerdo.

12 Con la irrupcion de los Moros ocurrida por el año de 713 se turbó el estado de paz y tranquilidad que gozaban los Godos; y derrotado con su exército Don Rodrigo, que fué el último Rey de estos, lográron aquellos ocupar la mayor parte de la España con muy rápidos progresos en su conquista quedando entre los mismos Moros gran parte de los Christianos, unos en calidad de esclavos y otros libres. En este tiempo continuáron los Católicos usando del oficio eclesiástico, que en el Concilio IV Toledano se encargó á San Isidoro, y lo compuso y reduxo á buena forma; y de este uso tomó desde entónces dicho oficio el nombre ó título de Muzarabe, porque habian usado de él los Católicos estando mezclados con los Árabes: Saavedra, *Coron. Gotic. cap.* 21. *pág.* 165.

13 De aquí puede inferirse que usarian igualmente estos mismos Christianos, y aun con mayor razon por haber ménos inconveniente de parte de los Moros, de las leyes, usos y costumbres contenidas en el libro del Fuero Juzgo.

14 Otra gran parte de los Godos se retiró á las Asturias, y conservó con mayor libertad sus leyes primitivas, fueros y costumbres de este libro del Fuero Juzgo, y las continuáron y extendiéron en los pueblos que iban recobrando de los Moros añadiendo otras muchas, que se conformaban con el espíritu y disposiciones de las primitivas; y llegó su observancia en varias partes hasta el siglo XIII con expresa declaracion de que se guardasen en el gobierno y decision de las causas, sin que se halle

ley,

6 JUICIO CIVIL.

ley, fuero ni otro establecimiento alguno que derogase ni anulase por lo general las enunciadas leyes del Fuero Juzgo, como se convence con los autorizados documentos que produce el autor del informe sobre pesos y medidas de la imperial ciudad de Toledo.

15 El segundo código de las leyes fundamentales de Castilla comprehende los fueros, que dió el Conde Don Sancho García por los años de 995 hasta el de 1000, llamados unas veces fueros de Castilla, y otras fueros de las fazañas ó albedrios, usos y costumbres de Castilla, porque se iban uniendo á los primitivos fueros de este establecimiento las sentencias, que daba el Rey y sus tribunales de Justicia, conocidas en aquel tiempo con el nombre de fazañas; y por ser conformes á los usos y costumbres observadas en Castilla se guardaban estas sentencias en los libros de la Cámara del Rey, y servian de leyes para la determinacion de las causas en casos semejantes.

16 Á estos fueros primitivos se fuéron añadiendo otros en los tiempos posteriores, y se reuniéron todos con el famoso ordenamiento de las cortes de Alcalá el año 1348 comprehendiéndose en la coleccion, que de todos ellos mandó hacer el Rey Don Pedro llamado el Justiciero, y que diéron á luz los Doctores Aso y Rodriguez en el año de 1771.

17 Su observancia fué general en todos los pueblos correspondientes al estado de Castilla la Vieja con la sola intermision ó suspension de los diez y siete años, que mediáron desde que el Rey Don Alonso X, con deseo de hacer uniforme la legislacion para el gobierno y decision de las causas en el tribunal superior de justicia, dió y publicó el Fuero Real en el año 1255, hasta que por el mismo Don Alonso fuéron restituidos á su antigua observancia. Porque llegó á tanto el descontento que manifestáron los Castellanos ricoshomes é hijosdalgo por el despojo que padecian con este nuevo Fuero Real de las exênciones y privilegios, que gozaban por sus antiguos fue-

fueros, señaladamente por los establecidos en las cortes de Náxera año de 1128, y fuéron tales las reclamaciones de sus antiguos fueros que finalmente moviéron al expresado Rey Don Alonso á que se los volviese y reintegrase, como así lo determinó en el año de 1272 continuando desde entónces la observancia de los fueros antiguos de Castilla, generales y municipales, de los que se hace especial memoria en las cortes de Alcalá del citado año 1348: Doctor Aso *en el discurso preliminar del Fuero Viejo de Castilla pág. 2. á la 10: y en la 29. á la 32.* con las notas é ilustraciones que refiere, y en las notas del mismo autor á la *ley 1. tit. 28. del Ordenamiento de Alcalá que publicó año 1774. pág. 70. y 71.*

18 Pero es de notar que como la reclamacion del Fuero Real se hizo únicamente por los Castellanos, siendo de consiguiente limitada su revocacion para satisfacer á las quejas de estos restituyéndoles sus antiguos fueros, continuó la observancia de dicho Fuero Real del Rey Don Alonso X. en los demas pueblos de su Estado.

19 Y como se notasen en este Fuero Real algunos defectos esenciales, dudas y contrariedades, se enmendáron con las advertencias ó declaraciones llamadas Leyes de Estilo, y autorizadas por el mismo Rey Don Alonso; por cuyos respectos deben considerarse como partes esenciales del mismo Fuero Real y con la propia calidad en su observancia.

20 Hasta este tiempo, y desde que empezáron las conquistas de España con la expulsion de los Moros que la ocupaban, concedian con freqüencia los Soberanos á los pueblos que iban adquiriendo los respectivos fueros de poblacion, que llamaban entónces *Cartas pueblas*, á los quales y á otros, que segun las ocurrencias les concedian tambien en forma de merced ó privilegio, arreglaban su gobierno y la decision de sus causas.

21 Otros fueros acostumbraban conceder los mismos Reyes á las capitales con extension á todos los pueblos de su jurisdiccion ó departamento, como fuéron los de

de Sepulveda, Toledo, Escalona y otros; y aunque estos recibian en su concesion mayor amplitud de territorio quedaban siempre limitados y en la clase de municipales, porque no llegaban á ser leyes generales del Estado.

22 Las que se estableciéron y publicáron con este respecto universal para todo el reyno fuéron las leyes de las siete Partidas mandadas observar como tales en las citadas cortes de Alcalá del año 1348, desde cuyo tiempo han merecido la observancia general.

23 En estas cortes, y en las posteriores que se celebráron en los respectivos reynados, se mejoró y adelantó considerablemente la legislacion de España acordándose en las mismas cortes á peticion de los procuradores del reyno, que concurrian á ellas, las leyes necesarias y convenientes al mejor gobierno y tranquilidad pública. Los señores Reyes católicos Don Fernando y Doña Isabel en las cortes que celebráron en Madrigal á 27 de Abril de 1476, en las de Toledo de 1480 y en las de Madrid de 1482, estableciéron y publicáron un considerable número de buenas leyes, y arregláron últimamente el quaderno de las alcabalas en 10 de Diciembre de 1481.

24 Todas estas ordenanzas y otras que habian formado tambien en este intermedio los señores Reyes Don Henrique II, Don Juan I, Don Henrique III, Don Juan II y Don Henrique IV, andaban dispersas las mas de ellas sin imprimirse, y pedian de necesidad que se reuniesen y recopilasen en un quaderno con buen órden, exâctitud y pureza formando un cuerpo de todas ellas y de las anteriores comprehendidas en la coleccion del Rey Don Pedro, en que se incluian las de las cortes de Alcalá de 1348; pero anticipándose á disponer esta obra el Doctor Alfonso Diaz de Montalvo impresa en Sevilla el año 1492, no correspondió su crítica y diligencia al cuidado que pedia su importancia, y así á poco tiempo se descubriéron en ella muchos defectos substanciales, y

se

se reclamó su enmienda en las cortes de Valladolid de 1523, y en las de Madrid de 1534: Doctor Aso *en la introduccion al derecho de España pág.* 47. *y* 50: Salon de Paz *ad leg. Taur. in relect. leg.* 1. *n.* 275. *y* 276.

25 Poco ántes, esto es, en el año de 1505 el Rey Don Fernando y su hija Doña Juana habian publicado en las célebres cortes de Toro las 83. leyes conocidas por esta denominacion; cuya utilidad es bien notoria, y se halla bien recomendada no solo en los *Comentarios*, que sobre ellas escribió Antonio Gomez sino tambien en las últimas disposiciones del Consejo, por las que mandó establecer cátedra para su explicacion en las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá distinguiendo esta enseñanza con la prerogativa de que aproveche á los cursantes por uno de los quatro años de práctica, que son necesarios para entrar á exámen de abogado en el Consejo.

26 Excitado sin duda Cárlos V. de las zelosas insinuaciones de las cortes de Valladolid y Madrid contra el ordenamiento de Montalvo dió las mas oportunas providencias para formar de nuevo una recopilacion de leyes, corrigiendo y separando lo que fuese superfluo, y añadiendo lo que se estimase conveniente; y condescendiendo S. M. á las súplicas que le habian hecho los procuradores de estos reynos en cortes, y algunas otras personas zelosas del bien público, como se indica en la Real pragmática del señor Don Felipe II de 14 de Marzo de 1567, con que da principio la nueva Recopilacion, encomendó esta obra el mismo Emperador Cárlos V con acuerdo de los de su Consejo al Doctor Pedro Lopez de Alcocer, y por su muerte se continuó la comision al Doctor Escudero, de su Consejo y Cámara, y se fué repitiendo el mismo encargo por el señor Don Felipe II á Pedro Lopez de Arrieta y Bartolomé de Atienza, ambos del Consejo. Logróse al fin concluir y perfeccionar esta grande obra, que se dió al público con las exâctas correcciones y enmiendas que hiciéron dichos

comisionados en sus respectivos tiempos, despues de haber sido reconocidas y aprobadas por el Consejo.

27 En esta nueva Recopilacion publicada como se ha dicho en el año de 1567, y en la última de 1772 y 1775 se incluyéron las leyes establecidas en este intermedio, que se consideráron útiles y necesarias para el mejor gobierno y felicidad de estos reynos.

28 Tambien se mandó formar otro tomo igual á los dos en que se recopilan las leyes, donde se comprehendiéron por el mismo órden y distribucion de títulos y libros muchas pragmáticas, consultas resueltas, cédulas Reales, decretos y autos acordados que se aumentáron hasta el año de 1745, y forman un cuerpo de legislacion muy recomendable; y aun se ha reservado formar otro tomo separado del gran número de decretos, cédulas Reales y autos acordados, que han salido desde el citado año de 1745 segun consta al fin de la advertencia con que empieza el tomo de autos impreso el año de 1775, cuya nueva coleccion está cerca de verificarse.

29 He referido los cuerpos y colecciones de las leyes de España por el órden de su establecimiento y antigüedad, porque sin este conocimiento instructivo no seria fácil discernir la superior autoridad de las leyes por el órden con que deben observarse, y la calidad y uso que debe alegarse y probarse en algunas de ellas.

30 Las leyes comprehendidas en la novísima Recopilacion ocupan el primer lugar y preferencia, y obligan á ordenar y decidir las causas por ellas, como literalmente se expresa y dispone en la *ley* 3. *tít.* 1. *lib.* 2. *de la Rec.*

31 Esta prelacion, y la que deben tener en el mismo lugar y órden las demas leyes que acuerden y publiquen los Reyes sucesores, se funda en que con el tiempo y la experiencia, y con la variacion de los usos y costumbres á que deben acomodarse las leyes para asegurar los fines de la tranquilidad y beneficio público, se mejoran sus establecimientos por la potestad Real, y se en-

enmiendan y corrigen los antiguos, ó se declaran las dudas que contienen, como lo manifiesta la misma Real pragmática de 15 de Marzo de 1567.

32 Las leyes reciben todo su valor de la boca del Soberano, y con la publicacion llegan á los vasallos con la mas eficaz obligacion de ser obedecidas, guardadas y cumplidas. Ningun influxo tiene en la ley por su esencia y por sus efectos la aceptacion del pueblo; pues ni la puede resistir, ni dexar de obedecer: Aristot. *Ethicor. lib.* 10. *cap.* 9., ibi: *Igitur patris quidem præceptio vires non habet, neque necessitatem, neque ullius omnino unius viri, nisi sit Rex, aut aliquis talis; lex autem vim habet cogentem, quæ quidem est sermo ab aliqua prudentia, atque mente profectus*: Div. Thom. 1. 2. *q.* 90. *art.* 3. *et* 4: Div. August. *in lib. de Vera Religion. cap.* 31: Suarez *de Legib. lib.* 3. *cap.* 19: Van-Espen *in tractat. de Publicat. legum, part.* 1. *§.* 1. *et* 2. *vers. final.*

33 El uso contrario aunque sea de todo el pueblo, y aun de todo reyno en las leyes generales, no las debilita ni deroga, aunque continuase por millares de años: porque la potestad de establecer leyes reside privativamente en el Príncipe, y en la misma ha de estar necesariamente su revocacion. Los vasallos son notoriamente inferiores, y solo les toca obedecer al Soberano, mas no enmendar ni reformar sus establecimientos; pues si se les permitiese la potestad y autoridad de alterarlos y revocarlos, vendriamos á reconocer en el pueblo una superioridad incompatible con la soberanía del Príncipe: opinion que defendiéron los Monarcomacos queriendo reservar al pueblo una potestad Real superior á la personal, que conceden al Príncipe: sentencia á la verdad detestable y capaz de producir sensibles turbaciones en la Monarquía.

34 El uso del pueblo, aunque sea contrario á la disposicion de la ley, no llega por sí á formar lo que se llama costumbre, ni esta adquiere el valor de ley por efecto del uso precedente por mas largo que fuese, sino

que necesita como de la parte mas esencial y primitiva del consentimiento y voluntad del Rey. Por estos principios se viene á concluir que solo el autor de la ley, así como la estableció por su voluntad, así tambien la deroga por la misma sin que haya otra diferencia que la accidental de ser expresa y manifiesta en el establecimiento de la ley, y ser tácita pero igualmente cierta y notoria en su revocacion, sirviendo solo el uso y costumbre de los pueblos de un testimonio, que llegando á noticia del Soberano califica no ser útil ni conveniente la precedente ley que habia establecido, y que faltándola el primitivo objeto del beneficio público se inclina y determina por su nativa voluntad y autoridad á derogar la ley, y á disponer que se observe y guarde como tal lo que por experiencia y uso de largo tiempo se considera de mayor utilidad y conveniencia: *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1. "E tal »pueblo como éste, ó la mayor partida dél, si usaren »diez ó veinte años á facer alguna cosa, como en mane»ra de costumbre, sabiéndolo el Señor de la tierra, é no »lo contradiciendo, é teniéndolo por bien, puédenla fa»cer, é debe ser tenida, é guardada por costumbre:" *ley* 3. *dich. tit. y Part.* ibi: "La quinta, si se face por »mandado del Señor que ha poder sobre ellos, ó de acuer»do que ellos ayan entre sí, entendiendo que viene »ende gran pró, luego consintiéndolo el Señor, y pla»ciéndole."

35 Esta es la razon sólida en que se funda la citada *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* para no hacer mérito del uso, aceptacion ó guarda de las leyes, declarando abiertamente que el no haberlas usado ni guardado no puede impedir ni debilitar la fuerza y obligacion de que se haya de juzgar por ella, *ibi*: "No embargante, »que contra las dichas leyes de Ordenamientos, y Prag»máticas se diga, y alegue que no son usadas, ni guar»dadas."

36 Las que se contenian en el libro del Fuero Juzgo, en los del Fuero viejo de Castilla y Fuero Real, pu-

publicados por el señor Rey Don Alonso X., que se han distinguido por su orígen y tiempos, tenian todas las calidades y fuerza de leyes, y obligaban de consiguiente á su observancia sin necesidad de alegar ni probar su uso ni execucion; pues habiéndose comprehendido en el ordenamiento de las acordadas en las cortes de Alcalá, reformado y publicado de nuevo de órden del Rey Don Pedro segun queda advertido, recibiéron esta nueva confirmacion de igualdad en todas sus partes y condiciones; y la misma han conservado en las colecciones posteriores.

37 Las leyes que hayan quedado de aquellos libros sin incluirse en los de la nueva Recopilacion, si fuesen contrarias á estas, se tendrán por derogadas y sin efecto alguno; y las demas que no tuviesen contrariedad á las leyes posteriores mantendrán su antiguo valor y obligacion para los casos que no puedan juzgarse por las enunciadas leyes posteriores.

38 Las de las Partidas publicadas en las cortes de Alcalá del año 1348 tendrán el tercer lugar y grado entre las leyes Reales sin necesidad de alegar ni probar el uso que hayan tenido.

39 Los fueros municipales, que cada ciudad, villa ó lugar tuviere, tienen preferencia sobre las leyes de Partida alegándose, y probándose primeramente como parte y condicion esencial, que ha de elevar el fuero á la clase de ley privada y municipal, el uso que haya tenido y tenga en el tiempo en que se quiere juzgar por él; y esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. "Como las de los fueros municipales que cada »Ciudad, ó Villa ó Lugar tuvieren en lo que son ó fueren »usados, y guardados en los dichos Lugares."

40 Esta diferencia de exîgirse como parte esencial el uso de estos fueros municipales para que obliguen, y mantengan la fuerza de ley privada y apartada, consiste en que fuéron dados al tiempo de la poblacion, ó despues por merced y á manera de privilegios á beneficio de los po-

pobladores, y los mas extraidos en tiempos de necesidad y opresion; y es conforme á la naturaleza de todo privilegio en que se contiene una gracia especial del Rey, el que se haya recibido y usado; pues no observándole por tiempo de diez años ó por el de treinta, segun la calidad de la gracia, desde su concesion, caduca y no se adquiere; y aunque se usase en algun tiempo, si en los posteriores se dexó de usar por el de treinta años, se pierde y no puede obligar en lo sucesivo, porque se entiende que le quisiéron renunciar los pobladores y agraciados teniendo á mejor partido sujetarse á las leyes generales: *ley* 42. *tit.* 18. *Part.* 3: *ley* 3. *tit.* 7. *Part.* 5.

41 Además del uso que deben probar los que se fundaren en los fueros municipales ha de concurrir otra condicion igualmente esencial para que se observen en los juicios, qual es la de no estar revocados ni alterados por las leyes de ordenamientos y pragmáticas contenidas en la Recopilacion, ó en las que acuerden y publiquen los Reyes sucesores. Esto es conforme á la letra de la citada *ley* 3: " Y no fueren contrarias á las dichas le»yes de Ordenamientos, y Pragmáticas de este nuestro »libro, así en lo que por ellas está determinado, como »en lo que determinaremos adelante, ó por algunas leyes »de Ordenamientos, y Pragmáticas de los Reyes que de »Nos vinieren, ca por ellas es nuestra intencion y vo»luntad que se determinen los dichos pleytos y causas, »no embargante los dichos fueros, y usos, y guarda de »ellos."

42 Por estos principios se demuestra que los fueros municipales en ningun caso tienen lugar de preferencia con respecto á las leyes recopiladas, y únicamente ocuparán la graduacion anterior á las de Partida en la parte que aquellos fueren usados y guardados.

43 De las leyes de los fueros, ó del libro de las leyes, (pues de una y otra expresion se usa freqüentemente para señalar el fuero Real que acordó y publicó el señor Don Alonso X. el año de 1255 para el gobierno su-

superior y decision de los pleytos de los pueblos y concejos de Castilla la Vieja, y los demas que con este título se comprehendian en su dominio) han tratado largamente nuestros autores prácticos en la exposicion ó comentarios de la *ley* 1. *de Toro* y de la *ley* 3. *tít.* 2. *lib.* 1. *de la Recop.* y en otros diferentes lugares de sus obras. Entre las dudas que han excitado, es una muy principal la de si las leyes de este Fuero Real han de obligar por solo su establecimiento, ó si es necesario que se pruebe el uso que hayan tenido y tengan sin exceder sus límites, como se dispone y manda en los fueros municipales: de manera que estos y los fueros de las leyes sean uniformes en la necesidad de probar su uso correspondiendo hacerlo á las partes, que las aleguen y funden en ellas su intencion.

44 Por la uniformidad de estas circunstancias en unos y otros fueros se han decidido en sus opiniones muchos y graves autores: Paz *ad leg. Taur. in leg.* 1. *n.* 28: Anton. Gom. *en la misma ley n.* 1: Aceved. *in leg.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop. n.* 4: Suar. *in proœm. For. Reg. n.* 1. *cum aliis ibidem relatis.*

45 Fúndanse lo primero en la disposicion literal de la citada *ley* 3. *tít.* 1. *lib. de la Recop.* en la que despues de insertar la *ley* 1. *tít.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá* hecha por el señor Rey Don Alonso XI año de 1348, aprobándola y confirmándola, distribuye con mayor claridad su disposicion en tres partes: por la primera manda que los pleytos y causas, así civiles como criminales, se determinen por las leyes de los ordenamientos y pragmáticas hechas por el mismo Rey Don Alonso y por los Reyes donde él venia, contenidas en el libro de aquel ordenamiento, y por las que hicieren los Reyes sus sucesores. Para la guarda y efectivo cumplimiento de estas leyes, que han de tener siempre el primer lugar en la ordenacion y decision de las causas, no es necesario alegar ni probar el uso que hayan tenido, como literalmente se dispone en esta cláusula: "No »em-

»embargante que contra las dichas leyes de Ordenamien-»tos, y Pragmáticas se diga, y alegue que no son usadas, »ni guardadas."

46 En la tercera parte de la citada ley se colocan las de las Partidas publicadas en aquellas cortes de Alcalá repitiendo la misma cláusula: "Aunque no sean »usadas, ni guardadas."

CAPÍTULO II.

Del estudio de las leyes.

1 Refiriendo el señor Rey Don Alonso XI en la pragmática del año de 1348 las eminentes prendas y calidades de que deben estar adornados los Jueces, cuenta por una de las mas principales entre ellas la de que "ayan sabiduría para juzgar los pleytos derechamente por »su saber, y por su seso:" *ley* 1. *tít.* 9. *lib.* 3. *de la Recop.* La misma sabiduría piden las leyes de Partida para que puedan "juzgar los pleytos derechamente por su saber, ó »por uso de luengo tiempo:" *ley* 3. *tít.* 4. *Part.* 3.

2 Pero estas leyes ni determinan la sabiduría que deben tener los Jueces letrados, ni el tiempo en que la hayan de adquirir, ni ménos las pruebas que deben dar de ella ántes de ser nombrados para los oficios de justicia. En este punto hay una variedad muy esencial entre las mismas leyes, y es necesario combinarlas por el órden y tiempo en que se estableciéron notando las mayores prevenciones, que la experiencia hizo conocer ser necesarias en un negocio de tan grande importancia.

3 Los señores Reyes católicos, en la Real pragmática de 6 de Julio de 1493, mandáron que ningun letrado pueda haber ni haya oficio ni cargo de justicia, si no constare por fe de los Notarios de los estudios haber estudiado en los de qualquier Universidad de estos reynos ó de fuera de ellos, y residido en ellos estudiando derecho canónico ó civil á lo ménos

por

por espacio de diez años: *ley 2. tit. 9. lib. 3. de la Rec.*

4 Fundados en la disposicion de esta ley, infiero yo que los graduados de Licenciado ó Doctor en las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá con solo exhibir sus títulos en el Consejo piden, y se les concede habilitacion para usar y exercer el oficio de abogado, y de consiguiente el de Juez; pues siendo necesario segun Gomez *in leg. Taur. nn. 7. 8. y 9.* por los estatutos de Salamanca, que en la mayor parte se observan en las otras dos Universidades, residir y estudiar en ellas por tiempo de cinco años para recibir el grado de Bachiller, y otros cinco para el de Licenciado, acreditan con su presentacion el estudio de los diez años en derecho canónico ó civil, que es lo que pide la ley para tener oficio y cargo de justicia.

5 Esta práctica ha tenido en el Consejo mucho auxilio y proteccion, y se ha tolerado y continúa en el dia sin embargo de las muchas leyes Reales y autos acordados, que obligan á que los letrados hayan estudiado y tengan sabiduría y experiencia de las leyes de la Recopilacion, de los fueros en lo que esten en uso, y de las leyes de Partida para ordenar y decidir por ellas, y no por otras algunas, las causas, así civiles cómo criminales; pues saliendo de las mismas Universidades muchos Ministros y Fiscales que pasaban á servir estos oficios á los tribunales de las Audiencias y Chancillerías, era indispensable que el Consejo y la Cámara los considerase suficientemente instruidos con solo el estudio del derecho canónico ó civil para llenar cumplidamente las graves obligaciones de tan altos ministerios sin que les hiciese falta el estudio y práctica de las leyes Reales, que no podian adquirir en las Universidades por no enseñarse en ellas.

6 Ya se compadecia en su tiempo el político Bobadilla, y lo hacian tambien otros, de los daños y perniciosas consequencias que traian á la causa pública las elecciones, que se hacian de personas de poca sabiduría y

experiencia para los oficios de justicia en las Audiencias y Chancillerías: Bobadilla *lib.* 1. *cap.* 6. *nn.* 17. *y* 19. "Tampoco, dice, la dicha pramática se puede traer á »conseqüencia para la eleccion de Alcaldes ó Oidores de »las Audiencias Reales y Consejos, porque en estos por »la mayor calidad de los negocios árduos, y suficiencia »y experiencia necesaria para la determinacion de ellos, »requierese mucho mas tiempo de estudio: aunque ya »hemos visto proveerse á estas plazas hombres de poca »edad y estudios, no sin gran nota de quien los represen»tó, calificó y antepuso para ellas."

7 Los Romanos estimáron suficiente el estudio del derecho civil por cinco años para exercer los oficios de abogado y Juez: Gomez *in leg.* 6. *Taur. n.* 4. *in fin*: Bobadilla *lib.* 1. *cap.* 6. *n.* 21; pero como lo hacian en sus leyes patrias, podian con ménos tiempo tomar mayor instruccion que nosotros con el de diez años que señaló la citada pragmática de 6 de Julio de 1493, por mas bien que se empleen en el estudio de unos derechos que han dexado de serlo en España, y solo sirven de ilustrar los conocimientos preliminares de la justicia en quanto se ayudan de la autoridad y del derecho natural: *aut.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2.

8 El señor Felipe V y el Consejo, que conocian bien lo que importaba mejorar los estudios de las Universidades con la asignacion de la enseñanza del derecho Real, repitiéron en diferentes tiempos, y en especial desde el año de 1713, las mas estrechas órdenes y providencias para que en las escuelas de las Universidades mayores de España y tambien en las menores en lugar del derecho de los Romanos se restableciese la lectura y explicacion de las leyes Reales asignando cátedras en que precisamente se hubiese de dictar el derecho patrio, mediante que por él y no por el de los Romanos se deben substanciar y juzgar los pleytos. Y se previno ademas á los que regentasen las cátedras que sin faltar al estatuto y asignacion de ellas en quanto á

la

la enseñanza de los cánones y leyes, explicasen tambien el derecho Real exponiendo las leyes patrias pertenecientes al título ó materia que explicasen, tanto las concordantes como las contrarias, modificativas ó derogatorias: *aut.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2.

9 El deseo de que se cumpliesen estas laudables disposiciones era muy propio del zelo de S. M. y de la sabiduría del Consejo; pero no era fácil que correspondiese el efecto: porque para esto necesitaban además de la instruccion en el derecho de los Romanos un vastísimo estudio de las leyes Reales, que no es comun en los catedráticos, y que solo puede adquirirse en los tribunales con una constante aplicacion de muchos años substanciando y determinando pleytos; y así hizo conocer la experiencia el ningun fruto de aquellas oportunas disposiciones, que ni se han observado ni es posible que se observen, especialmente en aquellas Universidades, que por la corta dotacion de sus cátedras son miradas como medio y paso, que proporcionan á sus regentes otros empleos mas ventajosos en la Iglesia ó en el ministerio secular.

10 En los nuevos planes que formó el Consejo, y se comunicáron con aprobacion de S. M. á las Universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá, se tuvo particular consideracion á que se cumpliesen en lo posible los deseos tantas veces indicados de que en ellas tomasen los profesores, sin desviarse del estudio del derecho civil de los Romanos y del canónico, alguna instruccion de las leyes del reyno.

11 Á este fin se destináron en Salamanca dos cátedras con igual título de Prima de leyes á la enseñanza del derecho Real: en la una se explican diariamente por espacio de hora y media las leyes de la Recopilacion, y en la otra por igual tiempo las de Toro por los *Comentarios* de Antonio Gomez; pero esta enseñanza aprovecha poco, ó á lo ménos no llena todo el deseo explicado en las repetidas providencias del señor Don Feli-

pe V y del Consejo, así por ser limitada la instruccion que se da á los profesores por estos volúmenes como por no poder explicar los mismos catedráticos las intrincadas dudas y dificultades que ocurren con freqüencia en los juicios y pleytos, tanto en la substancia como en el modo de proponer las acciones, introducir los recursos, ordenar los procesos y dar las sentencias interlocutorias ó difinitivas segun su estado y naturaleza: porque solo pueden ensayarse en andar con acierto los caminos llenos de espinas y obscuridades, que preparan las partes interesadas, los que ocupan mucho tiempo y estudio en los tribunales observando diariamente sus resoluciones.

12 Este conocimiento obligó á estrechar el estudio práctico de las leyes Reales, pues además de las providencias tomadas muy de antiguo para que los profesores del estudio de las Universidades lo hiciesen con abogado conocido, se tomáron otras que aseguran su aprovechamiento con el exámen y aprobacion del Consejo, Chancillerías y Audiencias: *ley.* 10. *y* 11. *tit.* 5. *lib.* 3: *ley* 53. *tit.* 4. *lib.* 2: *aut.* 16. *tit.* 2. *lib.* 3. *cap.* 7.

13 Á las referidas disposiciones se añadiéron otras de grande utilidad reducidas á que todos los profesores, que viniesen á tener la práctica en Madrid, hayan de asistir necesariamente un curso completo á la cátedra de derecho natural de los Reales estudios de San Isidro (decreto del Consejo acordado en 4 de Diciembre de 1780); y que así estos, acreditando el enunciado requisito además de los quatro años de práctica, como los que viniesen de fuera á exâminarse en el Consejo, lo sean primero por el colegio de abogados (decreto del Consejo de 17 de Julio de 1770), y con certificacion de los individuos que para este fin estan nombrados, en que acrediten la suficiencia de teórica y práctica, exercitan en el Consejo, y se procede á su exámen. Con estas dos precauciones queda mas afianzado el concepto de la instruccion y suficiencia de los que han de ser letrados y Jueces

ces reuniendo los conocimientos preliminares del derecho civil de los Romanos y del canónico, que se estudian en las Universidades con los de las leyes Reales, que son las reglas precisas que se han de observar en la ordenacion y decision de las causas.

14 La misma disposicion de 17 de Julio de 1770, en que se mandó precediese el exámen del colegio de abogados de Madrid en los que se hubiesen de exâminar y recibir por el Consejo, se extendió y mandó guardar en las Chancillerías y Audiencias del reyno por Real provision de 7 de Agosto del mismo año de 1770.

15 Ni en los quatro años que deben emplearse en el estudio de la práctica, ni aun en otro término mucho mas dilatado, pueden los profesores adquirir la instruccion conveniente para el gobierno y direccion de los pleytos en los tribunales siendo tan abultados los volúmenes, que ocupan las leyes Reales de la Recopilacion, autos acordados, partidas y fueros, y tantas las dificultades que ordinariamente se presentan en la ordenacion de las instancias y recursos que se introducen en los juzgados. Para esto es necesario que los letrados y Jueces hagan un estudio constante y reflexìvo en los casos y circunstancias que ocurren no solo de las enunciadas leyes Reales, sino tambien de otros muchos ramos que son necesarios y convenientes para su mejor y mas clara inteligencia, por la que les da la antigüedad y la historia, la observancia de los tribunales superiores, y la que ha tenido la Iglesia en su disciplina.

16 El tiempo me ha convencido con repetidas experiencias de la ignorancia en que me hallaba de las materias mas principales para la administracion de justicia, y señaladamente de las de gobierno público sin embargo de que me parecia haber adquirido en la Universidad de Salamanca los conocimientos mas exâctos del derecho civil y canónico enseñándolo por algunos años, y desempeñando los actos literarios en las oposiciones á cátedras y otros, y en las que hice tambien á Prebendas

de

de oficio de algunas catedrales de estos reynos; pues ni la instruccion de estos estudios preliminares, ni la que me dió la práctica y exercicio de diez y siete años de abogado en los tribunales de la corte, alcanzaban á desempeñar las graves obligaciones de los ministerios con que se dignó S. M. honrar mi corto mérito en las plazas de Alcalde de Casa y Corte, del Consejo de Hacienda, del Consejo y Cámara de Castilla, y del gobierno de estos tribunales.

17 Conociendo en fuerza de todo la necesidad de unir la teórica del derecho de los Romanos, del canónico y de las leyes Reales con la práctica y uso de las acciones y recursos; y que esta no puede fácilmente adquirirse sino con la ordenacion y decision de los procesos y causas, empezé á formar estas *Instituciones prácticas*, reducidas por ahora á las causas civiles contenciosas y á los recursos extraordinarios, con el fin de facilitar á mis hijos la instruccion conveniente á llenar sus obligaciones en los ministerios con que la piedad del Rey se dignase honrarlos.

CAPÍTULO III.

De la demanda civil y sus partes.

1 El medio que me ha parecido mejor para proceder con toda claridad en esta materia es el de proponer un exemplo de la fórmula ó libelo en que se contiene una demanda civil con todas sus circunstancias, qual es la del tenor siguiente:

N. en nombre, y en virtud de poder que en debida forma presento de N. vecino de N., como mejor proceda, digo: Que condescendiendo mi parte á las instancias de N. de la propia vecindad le entregó en calidad de préstamo diez mil reales de vellon, y se obligó á pagarlos á dicha mi parte en dos plazos, que cumplirán, el primero en fin del mes de Junio del año próximo de 1781, y el segundo en fin de Diciembre del propio año;

año; y aunque han pasado uno y otro plazo, no ha pagado á dicha mi parte los enunciados diez mil reales sin embargo de las atentas insinuaciones y oficios, que á este fin le ha hecho. En esta atencion:

Suplico á Vmd. que habiendo por presentado el referido poder se sirva mandar que el nominado N. dentro del breve término, que tenga á bien señalarle, pague á dicha mi parte los enunciados diez mil reales de vellon, que le está debiendo por la causa expresada condenándole á que así lo execute, y procediendo para ello contra su persona y bienes por todo rigor de derecho, por ser justicia que pido con costas, y juro lo necesario, &c.

El escrito antecedente contiene todas las partes esenciales de una demanda; y su legitimidad y valor se demostrará por su órden.

2 *En virtud del poder.* Es regla autorizada por las leyes que ninguno puede demandar en juicio á nombre de otro sin su mandato y poder: La 2. *tit.* 3. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* dice: "El Juez debe demandar primera»mente á aquel que se querella, si es pleyto suyo ó »ageno; é si dixese que es ageno, muestre como mandó »que se querellase aquel cuyo era el pleyto:" La 10. *titul.* 5. *Part.* 3. se explica en los mismos términos: "Nin»gun ome non puede tomar poder por sí mismo para »ser personero de otri, nin para facer demanda por él »en juicio sin otorgamiento de aquel cuyo es el pley»to:" *ley.* 20. *y* 27. *del mismo tit. y Part.*: *ley.* 2. *y* 3. *tit.* 2. *lib.* 4: *ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 2. *de la Recop.*: *ley* 55. *tit.* 1. *lib.* 3. *ibi*: "Mandamos que los dichos Escrivanos »no reciban peticion alguna de Procurador, sin que el »tal Procurador traiga poder firmado de Letrado por bas»tante, ni el Procurador la presente sin el dicho poder." *Ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. "Mandamos que los Abogados de »las partes, ántes que presenten en juicio los poderes, se»ñalen en las espaldas con sus firmas cada uno el poder »de su parte, en que diga ser bueno y bastante; y que si »despues por defecto del poder no ser bastante, el pro»ce-

»ceso se anulare, y fuere dado por ninguno, sea conde-»nado el Abogado en las costas y daños que allí se recre-»cieren:" *ley* 5. *tit.* 17. *lib.* 2: *ley* 24. *Cod. de Procuratorib. cap.* 1. Las acciones ya sean reales ya personales ó mixtas estan inherentes á la persona á quien pertenecen, y forman parte de su patrimonio: qualquiera otro que las intente y produzca en juicio carece de accion y de interes, y no puede exercitar el oficio del Juez, porque lo excluyen los dos presupuestos ó excepciones mas poderosas que impiden entrar en juicio, quales son: *sine actione agis: quod ad te autem attinet, liberas ædes habeo.* En el juicio se forma un quasi contrato, y quedan los dos que litigan obligados á sus resultas; y no pudiendo el que se presenta al juicio obligar al principal sin su consentimiento exponiéndole á que pierda la accion, que propone por efecto de la absolucion del reo, caducaria la sentencia haciéndose ilusoria con todos los preliminares del proceso. Los pleytos traen muchas y graves vexaciones no solo á los que litigan, sino que á veces trascienden á turbar la tranquilidad pública; y para impedir sus conseqüencias ó moderarlas, se acuerdan todos los derechos en las disposiciones, que prohiben se admitan pleytos voluntarios, ó se introduzcan dilaciones: *ley* 3. *tit.* 2. *lib.* 4: *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.*: *Cap.* 5. *de Dolo, et contumac.* ibi: *Finem litibus cupientes imponi, ne partes ultra modum graventur laboribus, & expensis*::::: *Cap.* 1. *de Appellationib. in Sex.* ibi: *Cordi nobis est lites minuere, et à laboribus relevare subjectos. Nacthen. tit.* 2. *cap.* 1. *de Justitia in litib. vulnerat.*

3 Por todos estos respectos se consideran los pleytos en la clase de odiosos, y no deben facilitarse admitiendo á extraños que promuevan acciones agenas.

4 El que se presenta á nombre de otro sin competente poder no puede tener la instruccion necesaria para llenar las partes esenciales de la demanda privando al reo de los conocimientos precisos para confesarla ó reclamarla; y sobre estas poderosas razones procede la regla

ya

ya indicada de no poder un extraño demandar á otro en juicio sin consentimiento y poder del principal á quien pertenece la accion, y el interes que solicita.

5 Este mismo pensamiento de no deber admitirse instancia alguna sin el poder competente se convence mas si se reflexìona que el actor puede tomarse todo el tiempo, que sea necesario para introducirla y autorizarla con los documentos convenientes: entre estos se considera el poder como principal y prévio, y no deben favorecer los derechos al negligente que no le otorga, ni ayudarle con suplementos que no llenan la intencion de la ley.

6 Al reo se le instruye plenamente con toda la relacion de la demanda, y se le concede para deliberar en su defensa el término competente, dentro del qual puede y debe otorgar su poder con las seguridades de derecho para que puedan executarse las sentencias y decretos judiciales; y el que abusa de los remedios que le franquean las mismas leyes, y procede por negligencia ó malicia en su contravencion, no merece auxìlios extraordinarios de las mismas leyes: *cap.* 10. *de Immunitat. Ecclesia.* ibi: *Et frustra legis auxilium invocet, qui committit in legem.*

7 Considerando los insinuados inconvenientes, que sin duda acreditaria la experiencia en el uso de la antigua legislacion hasta las leyes de Partida, se mejoró este artículo en las posteriores de la Recopilacion, y se observan constantemente en los tribunales, donde no se admiten instancias ni demandas algunas sin que las acompañe el poder del principal interesado, prévio el reconocimiento de ser suficiente: *ley.* 2. *y* 3. *tít.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*: *ley* 5. *tít.* 17. *lib.* 2: Carlev. *de Judiciis tít.* 2. *disput.* 4. *n.* 27: *aut.* 6. *tít.* 8. *lib.* 1. *cap.* 7: *aut.* 5. *tít.* 19. *lib.* 2: *aut.* 7. 20. 30. 32. *del mismo tit. y lib. ibi*: "Los »Escrivanos de Cámara en adelante no admitan, ni den »cuenta de peticion en el Consejo, sin que se presente »con ella poder bastante, como está mandado, y lo »cum-

»cumplan pena de cincuenta ducados."

8 En algunos casos podria correr la demanda puesta á nombre ageno sin poder competente, como seria si el Juez la admitiese y no la repeliese en su principio: si el reo la contestase sin excepcionar el defecto de poder concurriendo además la ratihabicion del principal interesado, por cuyo efecto se legitima y convalida todo lo obrado, y queda autorizado el demandante para continuar el pleyto, como si en el principio hubiera tenido poder competente: *ley* 20. *tít.* 5. *Part.* 3: "Pero si al»guno demandare en juicio por otro así como persone»ro, é aquel á quien ficiesen la demanda, entrase en »pleyto con él, non le diciendo que se ficiese persone»ro de aquel por quien demandaba, si despues deso vi»niese aquel en cuyo nome facía la demanda, é quisie»se aver por firme lo que era fecho con él, valdría to»do lo que fuese fecho en juicio; bien así como si de co»mienzo lo oviese otorgado por su personero:" *cap.* 10. *de Regul. jur. in Sex. Ratihabitionem retrotrahi, et mandato non est dubium comparari.*

9 La anterior limitacion que indica la citada ley de Partida, y que siguen por ella algunos autores, no llena del todo la intencion de la regla, especialmente en el objeto de que los juicios no queden ilusorios, lo qual pertenece á la autoridad y gravedad de los autos judiciales; pues si el principal interesado no quisiese ratificar lo que se habia obrado á su nombre por el demandante, quedaria en esta parte ilusorio el proceso con todo lo demas que en su contestacion se hubiese obrado por el reo. Lo mismo sucederá en aquellos casos en que las enunciadas leyes de Partida permiten demandar ó defender al reo sin presentar poder, con tal que den fiadores de que el principal ratificará lo obrado; pues aunque el reo pudiese recobrar del que demandó sin poder ó de sus fiadores los gastos expendidos en el pleyto á falta de la ratificacion del principal, quedaria no obstante perjudicado en las molestias personales y otros cuidados, que ocu-

ocupan á los litigantes, y no se consideran para ser compensados; y resultaria igualmente que todos los decretos judiciales conducentes al fenecimiento de aquella causa quedasen ilusorios sin lograr la utilidad de concluirla y fenecerla convirtiéndose en vergüenza y escarnio de los tribunales, y en daño de la república: *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3: "E así el trabajo que oviesen pasado en oyén»dolas, tornarselas y á en escarnio é en vergüenza:" Molina *de Primog. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10. *cum aliis.*

10 La segunda parte de la demanda empieza desde la cláusula *condescendiendo mi parte*, y concluye refiriendo la causa de la obligacion. Los hechos en que se funda la demanda deben referirse sencillamente con la mayor claridad en todas sus partes señalando la cosa, que se pide de un modo cierto, de suerte que pueda comprobarse su identidad, y poner desde luego al reo en cabal conocimiento para contradecir la instancia, ó condescender á ella; y una de las partes que mas principalmente influye en esta deliberacion, que produce otros efectos favorables al mismo actor, y hace mas expedita la acertada resolucion del Juez, consiste en que se exprese la causa ó título de donde procede la accion, ya sea personal ya real ó mixta: porque determinándose el contrato ó medio por donde se ha adquirido mas facilmente lo puede despues probar, y mas de cierto puede ser dado juicio sobre ella; y si acaso no probare aquella causa ó razon que puso el demandador en su demanda, queda en libertad y sin embarazo para repetir nuevo juicio siendo librado el primero, proponiendo diversa causa ó contrato de que le haya procedido la accion, el dominio ó la posesion de la cosa; y tiene además la determinada expresion de causa otro efecto ventajoso al reo reducido á facilitar su defensa, ó á que se decida con mas seguro conocimiento á condescender sin pleyto con las intenciones del actor: *ley.* 15. 25. *y* 40. *tit.* 2. *Part.* 3: *ley* 4. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*

11 La expresion del contrato ó causa de que pro-

ceda la deuda, ó la cosa que se demanda, se consideró tan esencial en los derechos antiguos que el instrumento que no la contenia, aunque se confesase en él la obligacion, quedaba en suma debilidad, y no producia accion eficaz, ó á lo ménos se elidía fácilmente con la excepcion que indicaba el reo de ser indebido el crédito gravando al actor con la necesidad de probar la causa, que no se explicaba en el papel: *cap.* 14. *de Fide instrumentor*: *ley* 25. *ff. de Probationib.* §. 4. *vers. Sin autem.*

12 Y aunque las leyes de la nueva Recopilacion removiéron ciertas solemnidades que embarazaban el curso y decision de los juicios, y quisiéron que cada uno se obligase del modo que le pareciese, y que se determinasen los juicios sabida la verdad sin detenerse en escrupulosas solemnidades, aunque fuesen de las correspondientes al órden y substancia de los mismos juicios, mantienen sin embargo las cosas esenciales, siendo una de ellas la expresion de la causa ó contrato de que procede la accion: *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4.: *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.*

13 La tercera parte de la demanda consiste en la conclusion del pedimento, que es la que da forma al juicio, determina la accion, y es la parte dominante que debe atenderse en qualquiera duda que haya entre la misma conclusion y la narrativa del escrito; pues aunque en ésta se encierren todos los hechos y partes fundamentales de la causa y de las acciones, pueden producir diferentes remedios, ya sean ordenados de un modo que los interesados puedan usar de ellos sucesivamente, ó ya se consideren incompatibles, de manera que el uso de una accion excluya ó dexe ineficaz la otra, y en concurrencia de estas circunstancias corresponde á la parte la eleccion de la instancia que quiera promover, y se entiende que la determina y señala en la conclusion de su escrito: *ley* 40. *tit.* 2. *Part.* 3. "Onde vos pido que le »mandedes por juicio que me los dé:" Olea *tit.* 6. *q.* 1. *n.* 18. *In quo conclusio libelli, non narratio attendenda est: quia*

quia in libello conclusio prædominatur, et id petitum censetur, quod in eo concluditur: Paz *tom.* 1. *part.* 1. *tempor.* 4. *n.* 28. *cum pluribus relatis.*

14 Pero el Juez que conoce de la causa no ha de estar tan escrupulosamente ligado á las palabras de la conclusion de la demanda que no pueda suplir algunas para reducir el juicio útilmente en beneficio de las partes, atendida la verdad de lo que solicitan y prueban.

15 Los repetidos casos particulares demuestran la antecedente proposicion, que trae su orígen de las leyes Reales que han removido justamente todas las fórmulas y solemnidades escrupulosas atendiendo principalmente á la verdad y buena fé, de que resulta la utilidad pública: *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*: *ley* 3. *tit.* 22. *Partida* 3: *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.*

16 Por quatro causas excedian los actores en sus demandas pidiendo mas de lo que se les debia: en la cantidad, en el tiempo, en el lugar ó en el modo, y se atendia en lo antiguo tan escrupulosamente á la conclusion de sus instancias que nada se suplia en ellas, ántes bien se corregia el exceso con la pérdida de la causa, que intentaban quedando libre el reo de su satisfaccion, y reintegrado al mismo tiempo en las costas, daños y perjuicios que le irrogaba por estos medios el actor: §. 33. *Institut. Justinian. tit. de Action. et ibi latissime, et eruditissime Vinnius.*

17 Estas disposiciones parecian demasiadamente rígidas, y se templáron con alguna equidad, qual fué que los que pedian sus créditos ántes de cumplido el plazo fuesen condenados en las costas que causaban al reo, á quien además concedia el Juez doble tiempo del que le restaba: §. 33. *Instit. Justinian. de Actionib. in fin. et ibi Vinnius.* §. 10: *idem. Inst. tit. de Excep.*

18 Los que excedian por alguno de los otros tres modos referidos eran condenados á satisfacer al reo el tres tanto del daño que le producia su instancia: §. *citat. num. prox.*

En

30 JUICIO CIVIL.

19 En las leyes de Partida se dispone que quando el actor pide mayor cantidad de la que le es debida, condene el Juez al demandado en la cantidad líquida que constase estar debiendo, y le absuelva de la que con exceso se le pedia haciendo resarcir y compensar al demandado las costas y daños, que expendió por causa del exceso del actor : *ley* 43. *tit.* 2. *Part.* 3 ; y en lo mismo convienen las leyes de la Recopilacion aun en los juicios executivos : *ley* 8. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop. in fin*: *ley* 9. *del mismo tit. y lib.*

20 En las ventas que contienen lesion enormísima en mas de la mitad del justo precio compete la eleccion al demandado de suplir el precio, ó volver la cosa: *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* : *ley* 56. *tit.* 5. *Part.* 5: *cap.* 3. *extra de Empt. et vendit.* Sucediendo lo mismo en todas las obligaciones alternativas: §. 33. *Inst. de Actionib. et ibi Vinnius*: §. 22. *Inst. de Legat. et ibi Vinnius*: *ley* 42. *tit.* 2. *Part.* 3. Si el actor pide determinadamente una de las dos cosas contenidas en las obligaciones alternativas, excederá su demanda los límites de la obligacion, y vendrá á pedir mas de lo que se le debe queriendo privar al demandado de la opcion que le compete, y le puede ser de grande interes ó de considerable afeccion: *ex dictis. n. prox.*

21 Si ha de estar el Juez á la letra de la demanda sin variar su conclusion, debe absolver al demandado á lo ménos de la instancia, y condenar al actor en las costas, porque carece de accion eficaz en lo que pide, debiendo esperar que se verifique la eleccion del reo, que es una especie de condicion que mantiene en suspenso los efectos de la accion; pero de aquí resultaria que perdiendo el tiempo y los gastos causados en esta instancia sin fruto ni aprovechamiento alguno se repitiese otra nueva enmendando el actor aquel defecto, y cayendo en el inconveniente de multiplicar pleytos en perjuicio de los mismos interesados y de la república; y para ocurrir á estas perniciosas conseqüencias conservando á las par-

partes quanto las compete por sus contratos y obligaciones, y podrian sacar en la nueva instancia, persuade la verdad y buena fe que el Juez supla tales defectos, concibiendo su sentencia en los mismos términos en que lo haria si el actor no los hubiese padecido, y condenando al demandado á que restituya la cosa que habia comprado en ménos de la mitad del justo precio, ó supla el equivalente á su justo valor: Hermosil. *in leg.* 56. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 7. *n.* 31: Matienz. *in leg.* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *glos.* 1. *n.* 1. *ad* 3.

22 Lo mismo debe observarse en las obligaciones alternativas que se intenten determinadamente por el actor, conservando al demandado su eleccion, y condenándole á que entregue la parte que eligiere.

23. Los juicios executivos son incomparablemente mas rígidos en la observancia del órden, que prescriben las leyes para substanciarlos y determinarlos; pero si en algun caso hallasen los Jueces superiores en los recursos de apelacion que la deuda está suficientemente calificada con instrumentos, confesiones y reconocimientos, que han producido justamente la execucion, y que por no haber guardado el órden en su progreso deberia declararse nula, y reponerse al estado primitivo en que empezáron estos defectos substanciales; será muy propio de la equidad y razon de los Jueces superiores, atendida la verdad del proceso, condenar al reo á la paga de la cantidad comprehendida en la execucion, concibiendo la sentencia en la forma y estilo de ordinaria: Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disp.* 8. *n.* 3. *al* 9. *cum pluribus ibi relatis.*

24 Por los exemplares referidos se percibe la eficacia y valor que dan las leyes Reales á la verdad y buena fe, para que sean atendidas como primer objeto en los juicios, siguiendo las intenciones de las partes sin embarazarse en algunas formalidades, que aunque se estableciéron para explicar y conocer mejor las instancias, no deben convertirse en menosprecio de los juicios y en daño de los mismos interesados.

Con-

25 Consiguiente á estos principios se han de considerar de poco momento las cláusulas, que generalmente se ponen en los escritos de que se pide justicia, con costas, juro lo necesario, &c. de cuyos efectos tratan largamente los autores prácticos: Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 4. *n.* 28: Curia Philip. *part.* 1. §. 11. *n.* 12.

26 Con razon seria tenido por necio quien solicitase á las puertas de un mendigo que le diese grandes tesoros, y quien de una piedra intentase sacar arroyos de agua: porque ni el uno podia condescender á la instancia, ni el otro podia fundar esperanza de conseguir su intento. Por lo mismo es advertencia necesaria que el actor lleve sus pretensiones al Juez, que tenga autoridad y poder para hacerlas efectivas sobre el conocimiento y decision de su justicia y su cumplida execucion: *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: "E porende decimos, que los Sabios »antiguos, que ordenáron los derechos, toviéron por de»recho, que quando el demandador quisiese facer su de»manda, que la ficiese ante aquel Juez, que ha poder »de judgar al demandado:" *leg.* 2. *Cod. de Jurisdict. omnium judic. Nam ubi domicilium reus habet, vel tempore contractus habuit, licet hoc postea transtulerit, ibi tantum eum conveniri oportet*: *cap.* 8. *ext. de For. competent*: *ley* 21. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* "Mas que el actor siga el fuero »del reo ante su Juez Ordinario."

27 Los hombres que en su primitivo estado natural no reconocian superior que los defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender los graves daños á que los conducian estos medios; pues ó no podian defenderse por sí mismos, ó excediendo los justos límites para conservarse, excitaban turbaciones, á que eran consiguientes mayores desavenencias, injurias y muertes; y consultando otros medios que mejorasen la seguridad de sus personas sin los riesgos anteriormente indicados, acordáron unirse en sociedades, y confiar su defensa y la de todos sus de-

re-

rechos á una persona que mirándolos con imparcialidad les distribuyese sus derechos, y los conservase en paz y en justicia: Grot. *lib.* 1. *cap.* 2. §. 1. *Nam societas eo tendit, ut suum salvum sit communi ope, et conspiratione*: Puffend. *lib.* 7. *cap.* 1. §. 7. *Genuina igitur, et princeps causa quare patresfamilias, deserta naturali libertate, ad civitates constituendas descenderint, fuit ut præsidia sibi circumponerent contra mala, quæ homini ab homine imminent*: *idem lib.* 7. *cap.* 2: Heinec. *Prælect. Academ. lib.* 2. *cap.* 6. §. 6. *et* 10: *ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 2.

28 Por estas disposiciones primitivas, que son comunes á toda especie de gobierno de los tres que conocemos, Monárchico, Aristocrático y Democrático, se desprendiéron los hombres de todo el poder y libertad que gozaban quedando reunido privativamente en la cabeza de la sociedad, la misma que se constituyó responsable á mantenerlos en paz y en justicia.

29 En uso de esta suprema potestad, y en cumplimiento de las obligaciones en que se constituyó, pertenece al Rey el oficio de juzgar las causas de sus vasallos; pero como no es posible en los grandes imperios cumplir por sí solo este grave cargo, ni seria conveniente ocuparse todo el tiempo en las molestias é importunidades que traen las causas, fué necesario que substituyese otros, que con su poder y representacion satisfaciesen las obligaciones de mantener el pueblo en paz y en justicia consultando al mismo tiempo la mayor comodidad y utilidad de los súbditos, y con este objeto distribuyó las provincias, erigió los tribunales, y señaló á cada uno los límites de su autoridad y jurisdiccion deseando que no se complicasen ni embarazasen en el uso de ella.

30 De estos principios, que son á todos bien notorios, nace por una conseqüencia necesaria que la primera y mas natural competencia de jurisdiccion se justifica en todos aquellos que viven y moran la mayor parte del año con sus familias en el pueblo y término señala-

do al Juez para que conozca en primera instancia, que es el medio legal de establecer su domicilio; y con este respecto puede llevar á efecto sus determinaciones hasta que le tenga la intencion del actor, á quien corresponde el cuidado y deliberacion de poner sus demandas ante aquel Juez que pueda conocer, determinar y executar las sentencias, que diere contra el reo que habite y more dentro de los términos que le estan señalados siendo éste todo el fundamento, en que estriba la regla de que el actor debe seguir el fuero del reo; que es decir que lo ha de demandar ante su Juez competente, como lo es efectivamente el de su domicilio, en el qual puede manifestar y probar mas cómodamente sus defensas, que es otro de los objetos de utilidad pública que considera el Príncipe en la division de sus territorios y en la comision de su poder á los Jueces: *ley* 32. *tít.* 2. *Part.* 3: *ley* 9. *tít.* 28. *de la misma Part.*: Carlev. *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *q.* 1.

31 La misma regla que va establecida para el fuero del domicilio, que se pone en primer lugar por su preferencia, procede en las demas causas y modos que estan señalados por las leyes para adquirir fuero por razon de la cosa que se demanda, del contrato ó paga señalada en cierto lugar y otras semejantes guardando el órden y preferencia, que nacen de la concurrencia de causas y circunstancias.

32 Auto. *Traslado*: Este auto *traslado* se repite en todos los escritos y alegaciones que presentan las partes hasta la conclusion de la causa para que instruidos de los fundamentos que exponen puedan acordar con verdad y buena fe sus respectivas defensas.

33 La voz *traslado* explica con toda propiedad ser copia literal y entera de los escritos é instrumentos presentados por las partes, la qual ha de corresponder á los originales.

34 En el Diccionario de la lengua castellana compuesto por la Real Academia Española, impreso en Madrid

drid año 1780, á la palabra *traslado* dice que "es escri-»to sacado fielmente de otro que sirve como de origi-»nal;" y en la palabra *trasladar*: "copiar con puntuali-»dad, ó escribir en una parte lo que está escrito en »otra."

35 En las leyes guarda el mismo sentido y significacion. La *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. encarga á los que se alzan ó apelan el modo como deben hacerlo, reducido á que pidan mansamente á los Jueces de quienes se agraviáron, "que les den el pleyto como pasó, é las »razones como fuéron tenidas, é el juicio que fuera dado »sobre ellas;" y con respecto al Juez dice: "é el Alcalde »de quien se alzaren, dévelo facer, dándoles traslados de »todo bien, é lealmente, non creciendo, nin menguan-»do ninguna cosa." Al propio intento y con la misma diferencia entre el original y el traslado conducen las *leyes* 112. 113. *y* 114. *tit.* 18. *Part.* 3. La *ley* 6. *tit.* 3. *de la propia Partida* hace varias prevenciones al demandado para que pueda responder á la demanda, y entre ellas señala esta: "devese facer dar en escrito la deman-»da que quieren mover contra él."

36 La *ley* 9. *tit.* 20. *lib.* 2. *de la Recopil.* dispone todo lo conveniente acerca de los poderes, escrituras y demas que se presentan en los juicios, y manda: "que los originales "el Escrivano de la causa los tenga en su »poder en guarda apartados del proceso, y que en el pro-»ceso se ponga el traslado concertado con la otra parte::::: »y que en el tiempo que se admite la presentacion de »escrituras, se ponga el traslado dellas concertado en la »forma susodicha, y se dé traslado á las partes sin dia, y »mes, y año; porque de no se aver hecho, la experiencia »ha mostrado que se han hecho muchas veces fingida-»mente las escrituras perdedizas."

37 Pero el uso de los tribunales, aunque ha conservado el nombre y significacion original de la voz *traslado*, no guarda la misma propiedad en su execucion, pues manda entregar al demandado el escrito original,

y los instrumentos, que presenta el actor con el mismo fin de que se instruya por ellos plenamente de las causas, que le deben mover á condescender con la instancia, ó á contradecirla; y este medio que produce y asegura el mismo efecto, que el antiguo de sacar copia de los escritos é instrumentos que presentaban las partes, trae el beneficio de la mayor expedicion de los pleytos, excusa gastos, y se precave la pérdida de los autos originales con los recibos y obligaciones, que constituyen los procuradores quedando responsables á volverlos á la misma escribanía íntegros y sin mengua alguna, segun dispone la *ley* 11. *tit.* 20: y la 4. *tit.* 24. *lib.* 2. *de la Recopil.*; y con estas luces puede el demandado deliberar sobre la contestacion, de la qual y de sus partes y efectos trataré en el capítulo próximo.

CAPÍTULO IV.

De la contestacion.

1 A la manera que en el capítulo antecedente propusimos un exemplo de la fórmula ó libelo de la demanda para proceder á su explicacion con la mayor claridad, darémos aquí principio tambien con un exemplo del libelo de la contestacion con el mismo fin de hacer mas perceptible su explicacion en los términos siguientes:

N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presento de N. vecino de T., usando del traslado que por auto de cinco del presente mes de Junio se me ha comunicado de un escrito presentado á nombre de N. vecino de T. digo: Que refiriendo haber entregado á mi parte en calidad de préstamo diez mil reales vellon, y ser pasados los dos plazos señalados para el pago, pretende que mi parte le haga íntegro y efectivo de los expresados diez mil reales con lo demas que contiene dicho escrito; y contradiciendo en forma la enun-

cia-

ciada pretension, se ha de servir vmd. absolver y dar por libre de ella á dicha mi parte, á cuyo fin pongo á su nombre la mas justa y debida compensacion de otra igual cantidad que le debe el nominado N. como heredero de N., vecino que fué de N., procedente del testamento baxo cuya disposicion falleció otorgando en 3 de Enero del presente año de 1782 por testimonio del Escribano de número de ella N., en el qual legó á mi parte quince mil reales vellon, como se comprueba por el testimonio del citado testamento que en debida forma presento; y por el resto de esta cantidad, que son cinco mil reales, compensados los diez mil que pide el nominado N., pongo á éste la demanda de mútua peticion y reconvencion en forma para que se sirva vmd. condenarle á que los dé y entregue á mi parte; pues todo procede así, y es de hacer por lo favorable y siguiente. Y porque &c.

2 La respuesta del reo demandado confesando ó contradiciendo la instancia del actor es la que se llama contestacion. El Diccionario de la lengua castellana, pág. 267. en la palabra *contestar* la demanda ó el pleyto, dice así: "responder derechamente á la demanda: *litem contesta-*»*ri:*" *ley* 3. *tit.* 10. *Part.* 3: "Comenzamiento, é raiz de to-»do pleyto sobre que deve ser dado juicio, es quando »entran en él por demanda, é por respuesta delante del »Judgador :::: E respondiendo el demandado á aquella de-»manda llanamente, si, ó non :::: Enqualquier destas ma-»neras, que de suso diximos, que responda el demanda-»do á la demanda que le facen, cumple para ser comen-»zado el pleyto por demanda, é por respuesta, á que di-»cen en latin *contestatio:*" *ley únic. tit.* 7. *del Ordenamiento de Alcala*; y la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.*

3 Paz *en su Práctica tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 1. la definió ó describió con notable redundancia considerando como parte de la contestacion la referencia del negocio ó causa principal que contiene la demanda: *Principalis negotii apud Judicem competentem facta narratio, et ad eum secuta responsio*; pero está demas toda

da la primera parte completándose la contestacion con la sola respuesta del demandado en sus palabras *si* ó *no*.

4 Parladorio *lib.* 1. *Rerum. quotid. cap.* 14. se entró á exâminar el orígen ó etimología de la voz *contestacion*, y suponiendo que las mas veces niega el demandado la intencion del actor se inclina á que con mas propiedad debia llamarse *inficiacion* haciendo diferencia entre el caso en que el demandado confiesa y el en que niega; pero esto es desconocer la propiedad que dan las leyes á la contestacion relativa al pleyto, ya sea confesando ó negando la instancia, segun queda advertido.

5 El actor en su demanda no pregunta al demandado sobre las causas y acciones que propone, ántes bien les da una positiva seguridad independiente de que el reo las reconozca ó niegue; y así parecia que no debia llamarse respuesta lo que éste dixese en su contestacion; pero lo cierto es que el Juez no podia decidir la pretension del actor por solo un escrito, y era necesario esperase competente prueba de su verdad, ya fuese por la confesion del demandado, ó en su defecto por otros medios legales de instrumentos ó testigos. Para la primera prueba comunica al demandado traslado de la instancia, y en esta providencia se contiene una eficaz pregunta al reo para que responda y confiese si es cierta la demanda ó no; y en este concepto puede con propiedad decirse que el demandado responde al Juez lo que desea saber sobre la demanda del actor siendo ésta la materia ó asunto á que se refiere su contestacion confesándola ó negándola. En el primer caso procede el Juez á dar su sentencia sin esperar otras probanzas, que no aprovecharian sobre la que produce la confesion siendo igualmente oficiosos todos los demas procedimientos de la causa. Y quando contradice la demanda, como falta la prueba que necesita el Juez, es necesario ir por la causa adelante esperando la que hagan las partes en los términos, que conceden las leyes.

6 El demandado tiene el término de nueve dias para ins-

instruirse de la demanda, y deliberar su contestacion empezando á correr y contarse desde el siguiente al de la notificacion del traslado; pues está en su arbitrio tomar la demanda, enterarse de ella, y consultar su resolucion acerca de confesarla ó contradecirla; y estos nueve dias corren por momentos sin interrupcion ni descuento de los feriados, porque son continuos y perentorios á fin de no alargar los pleytos con voluntarias ó maliciosas dilaciones: *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *Recop*: *ley* 2. *tít.* 3. *del mismo lib.*

7. Aunque la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *Recop.* señala al parecer por término, en que deben empezar los nueve dias, aquel en que fuere puesta la demanda diciendo: "que del dia que la demanda fuere puesta al »demandado, ó su Procurador, sea tenudo á responder »derechamente á la demanda, contestando el pleyto, co»nociendo, ó negando, hasta nueve dias continuos," debe entenderse en el caso que el mismo dia, en que se pone la demanda, llegue á noticia del demandado, ó de su procurador, por medio de la notificacion y entrega efectiva del escrito y documentos, que le acompañen concurriendo tambien la circunstancia de que en aquel tiempo esté el demandado en el lugar del juzgado en donde se radicó la instancia: porque si estuviese ausente le debe conceder el Juez término competente para que precedido el emplazamiento pueda venir ó enviar procurador que conteste la demanda, y que á este fin le queden útiles los nueve dias para enterarse y deliberar lo que ha de exponer en su contestacion; y con este respecto señalan las leyes á los emplazamientos que mandan hacer los del Consejo y Audiencias el término de treinta dias ó el de quarenta reservando á los Jueces el arbitrio de prorogarlo ó abreviarlo atendida la calidad de las personas, la distancia del lugar donde esten, y otras circunstancias: *ley* 1. *tít.* 3. *lib.* 4. *Recop.*

8 Si no contestase el demandado dentro de los nueve dias que á este fin se le señalan, se estima legalmen-

mente contestada la demanda en la primera parte de reconocerla y confesarla por efecto de la rebeldía en que incurre con solo el transcurso de los nueve dias, que es término perentorio que interpela al demandado, como se demuestra de la citada *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 4. *Recop.* que dice: "Y si así no respondiere, que »sea avido por confieso por su rebeldía, por esta nues»tra ley, aunque no sea dada la sentencia contra él so»bre ello;" pero la práctica y estilo de los tribunales ha recibido por constante que el actor, pasado el término de los nueve dias, acuse al demandado la rebeldía para que con esta prévia diligencia se tenga por confeso: Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 23: Curia Philip. *part.* 1. *§.* 14. *n.* 8.

9 Al ignorante, y al impedido con justa causa, no les corre término, ni se consideran rebeldes para caer en la pena de tenerlos por confesos y contestada la demanda; y así en qualquier tiempo que se presenten al Juez, y propongan y justifiquen haber estado impedidos para venir á responder á la demanda en los nueve dias señalados, ya sea por haberla ignorado, ó por otra causa que los excuse de la rebeldía, conservarán el término, y gozarán de él para responder y contestar, ó proponer excepciones dilatorias reponiéndose la confesion y sus efectos, porque la rebeldía en que se motivó fué presunta y ficta, y una y otra ceden á la verdad. De otro modo se impondria pena al inocente, y se añadiria afliccion al afligido, que por enfermedad ó por otro caso fortuito no pudo llegar á tiempo oportuno para defenderse: *ley* 11. *tít.* 7. *Part.* 3: *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 4. *Recop.*

10 Esta especie de confesion presunta por efecto de la rebeldía conviene con la real y efectiva, en que por una y otra queda el reo excluido de proponer excepciones dilatorias, ó las que tengan fuerza de tales, aunque en su esencia y efectos sean perentorias.

11 En la primera clase está la excepcion de incompetencia de jurisdiccion, recusacion del Juez, plazo no cum-

cumplido, y otras de que tratan largamente Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 24. *y en el cap.* 18 : Paz *Prax. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 5. *n.* 14 : Cur. Philip. *part.* 1. §. 13. *n.* 6.

12 En la segunda se consideran las de cosa juzgada, transaccion, pacto ó juramento de no pedir, de las quales tambien hay copiosos tratados; pero estas pueden proponerse en calidad de dilatorias observando entónces el mismo tiempo señalado ántes de la contestacion, porque con ella se entiende que han consentido en el Juez y renunciado el beneficio, que les competia para dilatar á otro tiempo la contestacion.

13 De estas excepciones trató con preferencia á la contestacion Paz *en su Práctica tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 5. ligándose al tiempo material en que debian proponerse, sin advertir que las leyes establecen la regla de que á la demanda ha de seguir necesariamente la contestacion, y por limitacion ó excepcion de esta regla señalan los casos en que los reos tengan y quieran usar de tales excepciones para dilatar ó impedir; y no debe invertirse el órden de establecer en primer lugar la regla, y tratar despues de sus limitaciones, como lo observa toda buena legislacion, y se demuestra en los *títulos* 2. 3. 4. *y* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*

14 Quando la contestacion se hace llanamente y de buena fe confesando la obligacion en los términos, que la propone el actor, impide el progreso del juicio, y no dexa mas partes al Juez que las de condenarle incontinenti al pago ó restitucion de la cosa que se le pide concediéndole término competente: así lo dice la *ley* 7. *tit.* 3. *Part.* 3. *ibi*: "Mas quando otorgase luego lo que »devia, el Judgador le deve mandar que pague lo que »conosció, fasta diez dias ó á otro plazo mayor, segund »entendiere que es guisado, en que lo pueda cumplir:" Esto mismo confirma la *ley* 2. *tit.* 13. *de la misma Part. ibi*: "Grande es la fuerza que há la conocencia:::: Ca »por ella se puede librar la contienda, bien así como si

42 JUICIO CIVIL.

»lo que conocen, fuese provado por buenos testigos ó »por verdaderas cartas. É porende el Judgador, ante »quien es fecha la conocencia, deve dar luego juicio afi- »nado por ella, si sobre aquella cosa que conociéron fué »comenzado pleyto ante por demanda, é por respues- »ta::::::: Mas si alguno ficiese venir su debdor antel »Juez, é le rogase que le ficiese jurar, :::::: é el de- »mandado respondiese luego llanamente que gela devia, »non le queriendo facer contienda sobre ello; estónce »decimos, que abonda que el Judgador mande al deb- »dor que fizo la conocencia, que pague aquella cosa::::: »é non há porque le dé otro su juicio afinado, sobre tal »razon como esta:" la *ley* 2. *tit.* 22. *de la misma Part.* y la 1. *tit.* 7. *lib.* 4. *de la Recop.* se explican de la manera siguiente: "Y si de la respuesta de las posiciones »hallare el Juez que puede dar sentencia difinitiva, con- »cluso el pleyto la dé, la que por fuero ó derecho deva; »y sino resciba las partes á prueba delo por ellas dicho »é alegado."

15 Es de observar por el contexto de las enunciadas leyes que el deudor puede hacer la *conocencia* de su obligacion á favor del acreedor en dos tiempos y maneras: la primera quando el acreedor la pidiere ante Juez competente como preliminar á su demanda, y ántes de formalizarla; y en este caso producirá un precepto ó mandamiento de pago, que sin ser sentencia verdaderamente difinitiva obra los mismos efectos, y la debe cumplir en el término que le señale el Juez sin dar lugar á pleyto ni demanda: la segunda quando responde á las posiciones del actor despues de contestada la demanda ó en el mismo acto de la contestacion; y entónces procede el Juez á dar su sentencia difinitiva estando el pleyto concluso.

16 La razon de esta diferencia en el modo de concebir su mandamiento el Juez, aunque no la haya en el efecto de su execucion, consiste en que sin demanda y contestacion no puede tener lugar la sentencia di-

fi-

finitiva, y se suple con el precepto de pagar, que tiene en este caso la misma fuerza por efecto de la confesion, que es la prueba mas constante y segura, como si se hiciese con buenos testigos ó por cartas verdaderas, y así produce execucion: *ley* 5. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* "Ó las confesiones claras fechas ante juez compe»tente, trayan aparejada execucion;" y no se permite que los letrados hagan sobre ellas preguntas: *ley* 4. *tit.* 7. *lib.* 4: *ley* 31. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.*, porque nada añadiria á la confesion qualquiera otra prueba que se hiciese por testigos ni aun por cartas, y se caeria en un acto ilusorio resistido constantemente por las mismas leyes: *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* Y por último con la sola confesion del deudor se halla probada la verdad del hecho, y por ella se debe juzgar de buena fe: *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*

17 De la sentencia ó mandamiento que diere el Juez por efecto de la confesion, que hiciere el deudor en los términos y con la diferencia indicada, no hay apelacion: Gregorio Lopez *in leg.* 7. *tit.* 3. *Part.* 3. *glos.* 1. con muchos que refiere: porque si este remedio, faltando las causas referidas, se tomase por pretexto para dilatar los pleytos en grave daño de los interesados y del público, seria perjudicialísimo siendo de otra parte tan recomendable, quando se usa de él en propia natural defensa para reparar los agravios, que hacen á las partes los Jueces por malicia ó por ignorancia enmendándose á veces los mismos interesados alegando, y probando en las ulteriores instancias lo que omitiéron en la primera segun la *ley* 1. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "É tiene pró el alzada quando es fecha derecha»mente, porque por ella se desatan los agraviamientos »que los Jueces facen á las partes tortizeramente, ó »por non lo entender:" *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4: la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*: *leg.* 1. *ff. de Appellat.*: *leg.* 6. §. 1. *Cod. eod. tit.*

18 Este es el fundamento mas sólido que excluye las ape-

apelaciones frívolas y notoriamente calumniosas, Salgado *de Reg. protect. part.* 3. *cap.* 6. *à n.* 40. *ubi latissime*; y ninguna lo seria mas que la que se interpusiese contra lo mismo que habia confesado y reconocido el deudor llanamente supuesto que no podia mejorarla con pruebas ni alegaciones, pues las resisten las mismas leyes, segun se ha demostrado.

19 Pero si se motivase en la apelacion haber hecho con error su confesion, y se ofreciese á probarlo, debe ser admitida; y se revocará la sentencia dada por conseqüencia de su confesion, si probare su error en el juicio de la apelacion: Gutierrez *de Juram. confirm. part.* 3. *cap.* 8. *n.* 4. *et* 5: Gregorio Lopez *in leg.* 16. *tit.* 23. *Part.* 3. *glos. De la sentencia*: Ceballos *Com. cont. com. q.* 669. La razon es clara, porque nada hay mas contrario al consentimiento y voluntad que el error, y justificándose la sentencia dada por efecto de la confesion de la parte en el consentimiento que contenia caducando este con la prueba del error, queda igualmente destituida la sentencia de todo efecto, ó á lo ménos debe revocarse.

20 La confesion judicial equivale á la sentencia dada en juicio y pasada en autoridad de cosa juzgada segun la *ley unic. Cod. de Confess.*; y así como las sentencias, aunque hayan pasado en cosa juzgada por no haberse apelado de ellas, se revocan ó declaran nulas quando se han dado por cartas ó testigos falsos probándose esto manifiestamente por la parte que las reclamase, *ley* 13. *tit.* 22. *Part.* 3. "É otrosi, todo juicio que fuese dado por »falsos testigos, ó por falsas cartas, ó por otra falsedad »qualquier, ó por dineros, ó por don con que oviese cor»rompido el Juez; maguer contra quien fuese dado non »se alzase dél, puédelo desatar quando quier, fasta »veinte años, provando que el juicio primero fuera dado »por aquellas pruevas, ó razones falsas:" *ley* 1. *y* 2. *tit.* 26. *Part.* 3: *ley* 33. *tit.* 14. *Part.* 5: *leg.* 33. *de Re judicat*: *leg.* 1. 2. 3. *et* 4. *Cod. Si ex fals. instrum. vel testib.*

tib. judicat. sit ; de la misma manera no podrá sostenerse la sentencia que se dió sobre una confesion del interesado, quando se descubriese y probase el error con que la executó.

21 El que no responde á la demanda en el término de los nueve dias señalados por las leyes se considera contumaz y rebelde, y se estima y declara por confeso en la demanda que le ha sido puesta, precedida la acusacion de rebeldía conforme á la práctica y estilo de los tribunales: *ley.* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.*: "Y si así »no respondiere, que sea avido por confieso por su re»beldía, por esta nuestra ley, aunque no sea dada la sen»tencia contra él sobre ello:" *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 4. *de la Recop.*

22 Esta confesion presunta ó legal hace veces de contestacion, y cierra la puerta á las excepciones dilatorias que podria poner el demandado si hubiera venido á producirlas dentro de los mismos nueve dias.

23 Induce tambien esta presuncion un efecto de prueba de la demanda, que permanece hasta tanto que el demandado pruebe concluyentemente su libertad y ninguna obligacion ; pues como en esta parte procede por via de excepcion contra la confesion presunta, que considera la ley haber hecho no compareciendo dentro de los nueve dias, hace en esta parte las veces de actor, y ha de probar lo que propone contra la intencion de aquel que la tiene ya fundada en la presuncion ó ficcion de la ley.

24 Estos son los efectos á que debe restringirse la confesion presunta en rebeldía quedando libre al demandado todo el progreso de la causa para alegar y probar en ella no ser deudor de lo que se le demanda, y ser de consiguiente absuelto en la sentencia difinitiva.

25 Esta doctrina la tocáron Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 6. *n.* 39: Cur. Philip. *part.* 1. §. 14. *n.* 9: Ceballos *Com. cont. com. q.* 669: Diego Perez *en la ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *del Ordenam. glos. Sea habido por confeso*, fundándola

la en argumentos y pruebas débiles tomadas del derecho de los Romanos debiendo hacer uso de las leyes Reales que la confirman con la mayor claridad.

26 La *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4. *de la Recop.* trata únicamente de la contestacion, la qual dice que se ha de hacer concediendo ó negando; y procediendo en la segunda parte al caso de que el demandado no viniese ó enviase procurador á contestar la demanda, le declara por confeso, y en el efecto contestada, sin que extienda su disposicion á que el Juez le pueda condenar al pago, ni apremiarle á su execucion; y esto solo bastaria para no extender la pena contra el que no pareció en el término señalado á lo que no explicó la ley.

27 En la 1. *tit.* 11. *del mismo libro* se extiende con mayor claridad todo lo correspondiente á este punto; pues en su principio supone que los rebeldes, que no quieren venir ante el Juzgador á los emplazamientos que les son puestos, no deben ser de mejor condicion que los que vinieren á parecer ante ellos; siendo de observar que solo niega á estos rebeldes la mejoría, pero no les impone ni declara que sean de peor condicion considerándolos de consiguiente iguales en que unos y otros contestan la demanda, y que no está en su arbitrio embarazar al actor el curso de la causa para llegar á obtener por difinitiva lo que pretende en su demanda.

28 Así se previene y dispone en el progreso de la misma ley; pues manda que el Juzgador vaya por el pleyto adelante á recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para probar su intencion así como si el pleyto fuese contestado, y dar sentencia difinitiva en él sin otro emplazamiento.

29 Si el Juzgador debe ir por el pleyto adelante, manifiesta claramente que no tiene lo suficiente en la confesion del que por rebeldía no ha venido á contestar la demanda para condenarle en lo que el actor pide; y si el fin de ir por el pleyto adelante es para recibir testigos del demandador, ú otras pruebas que hubiere para pro-

probar su intencion, parece que no la tenia bien fundada en la confesion presunta del demandado, y que necesitaba ayudarse con prueba de testigos y otras, las quales solamente serian necesarias para el caso en que viniese el demandado á purgar su morosidad y rebeldía, y á desvanecer la presuncion, que contra él resultaba, con pruebas sólidas y convincentes de testigos é instrumentos.

30 El término que se concede en los pleytos es comun á todos los litigantes, y concediéndose en la citada ley al demandador para el fin indicado podrá aprovecharse del mismo el demandado.

31 Pone la ley en *escogencia* del actor admitir el medio indicado de ir por el pleyto adelante para probar su intencion con testigos ú otras pruebas, ó pedir que se haga asentamiento, cuya execucion describe con diferencia en la accion real y en la personal.

32 Este asentamiento es un decreto ó sentencia interlocutoria: *ley* 2. *tit.* 8. *Part.* 3. *ibi*: "É tal mandamiento como este llaman en latin sentencia interlocutoria, que quier tanto decir, como juicio que es dado sobre pleyto, que non es librado por juicio acabadamente:" Por él pone el Juez al actor en tenencia de los bienes raices que pretende por la accion real, sirviendo como de apremio al demandado para que purgue su rebeldía, y venga á responder á la demanda, á cuyo fin se le conceden dos meses contados desde el dia en que es hecho el asentamiento; y si pasado este plazo continuase en su rebeldía, adquiere el actor sobre la tenencia de los bienes raices en que fué puesto su efectiva posesion con todos los frutos y rentas que desde entónces produxesen, que es otro modo de agravar el apremio y mejorar al actor, no solo en que gane los frutos sino tambien en que por efecto de aquella posesion impone al demandado el cargo de actor, y el de probar el dominio de aquellos bienes, pues solo puede ser oido en el juicio de propiedad: *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 4. *de la Recop.*

48 JUICIO CIVIL.

33 Y es de observar que quando trata de esta audiencia del juicio de propiedad al que únicamente es admitido el demandado pasados los dos meses del plazo se explica la citada ley en estos términos: "Y si no viniere »á purgar la rebeldía á los dichos plazos, que dende en »adelante el que así fuere asentado, que sea verdadero »poseedor, y no sea tenudo de responder al demandado »sobre la cosa, que así tiene, salvo sobre la propiedad," demostrándose por este literal contexto que al que ántes era actor, se le considera en el juicio de propiedad como demandado, pues quando dice la ley: "Que no sea »tenudo de responder al demandado sobre la cosa que así »tiene, porque es verdadero poseedor de ella," continúa con la excepcion ó limitacion, *salvo sobre la propiedad*; y como la excepcion ha de salir de la regla, convence que en la propiedad debe responder.

34 Con mas claridad se explica en este artículo la *ley 6. tit. 8. Part. 3.*; pues suponiendo igual asentamiento en los bienes raices del demandado por no haber venido á responder en el término del emplazamiento, y suponiendo tambien que para purgar su morosidad se le concedia un año en que se nota la restriccion, que hace la ley recopilada á solos dos meses, continúa diciendo: "Porque del año adelante finca el demandador por »verdadero tenedor de la cosa en que fué asentado, (*to»ma aquí la voz tenedor por poseedor*) é por ende gana »los frutos, é las rentas que dellas salieren. Pero finca »salvo al demandado todo su derecho para poder deman»dar el señorío de aquella cosa, si quisiere, maguer sea »pasado el año."

35 Al mismo intento de probar que la rebeldía presunta de los que no vienen á responder en el término del emplazamiento, aunque induzca confesion y contestacion de la demanda, no extiende sus efectos á que por ella se acabe el juicio, como se hace en la confesion llana y verdadera, concurren las disposiciones de las citadas leyes acerca de las acciones personales.

Las

36 Las posiciones que hacen las partes que litigan desde la contestacion hasta la conclusion de la causa, quando van acompañadas de todas las partes esenciales, como el ser pertenecientes á la decision de la causa, claras, positivas y otras, que explican los autores que tratáron largamente de ellas, como Diego Perez á la *ley* 1. *tit.* 3. *lib.* 3. *del Ordenam.*, Ceballos *Com. cont. com. q.* 669, Michal. *de Positionib.*, y Scacia *de Judiciis*, *lib.* 2. *cap.* 7. *per tot.*, obligan mútuamente, sea actor ó reo el que las ponga, á responder á ellas por palabras de niego ó confieso simplemente y con la mayor claridad; y las confesiones, que en esta forma se hicieren sobre las posiciones de las partes, tienen el mismo efecto que las que hacen en contestacion á las demandas; y en unas y otras corren las mismas disposiciones que van notadas: *ley* 1. 2. *y* 3. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.*

37 Quando no responden á las posiciones, ó no lo hacen con la claridad y seguridad que previenen las leyes, se declaran por confesos á conseqüencia de su rebeldía; y en esta parte convienen tambien con los efectos de la confesion presunta, que induce la contumacia en los que no contestan la demanda: *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop. ibi*: "Que en todas aquellas cosas que en las po»siciones, y artículos se contienen sobre que no respon»dió, y le fué mandado, que sea avido por confieso, »y así lo pronuncie luego el Juez por sentencia." Lo mismo dice la *ley* 2. *del propio tit. y lib. ibi*: "Sopena de »quedar, é fincar confieso en el artículo, ó posicion del »actor, ó del reo, que no quisiere responder negando, ó »confesando, como dicho es."

38 Estas confesiones presuntas no producen suficiente prueba para determinar por ellas la causa principal, y es necesario recibir otras de testigos ó instrumentos en el término competente, en el qual puede hacer las suyas la parte que no ha respondido á las posiciones, y está declarado confeso por su rebeldía, y esto sirve de confirmacion á lo que se ha dicho en quanto á las confe-

siones presuntas relativas á la contestacion de la demanda, que es el asunto principal de esta exposicion.

39 La citada *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 4. *Recop.* hace demostrable esta verdad; pues comprehendiendo los dos casos de que la parte responda á las posiciones por palabras de niego ó confieso, ó quando no responde, ó no lo hace con la positiva seguridad indicada, resuelve en el primero: que "si de la respuesta de las posiciones hallare el »Juez que puede dar sentencia difinitiva, concluso el »pleyto, la dé la que por fuero, ó derecho deva; y sino »resciba las partes á prueba de lo por ellas dicho, é »alegado."

40 La compensacion que propone el demandado en su escrito de contestacion merece particular y separado exámen, que será el asunto del capítulo próximo.

CAPÍTULO V.

De la compensacion.

1 La *ley* 20. *tit.* 14. *Part.* 5. hablando de la compensacion dice: "Compensacion es otra manera de paga»miento, porque se desata la obligacion de la debda que »un ome deve á otro." La *ley* 4. *Cod. de Compens.* dice: *Ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur*: Glos. *ibid. n.* 12: *leg.* 7. *Cod. de Solutionib*: *leg.* 4. *in fin. ff. Qui potior. in pignor. habeantur*: ibi: *Dicendum est perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset*; *nec enim interesse, solverit, an pensaverit*: Greg. Lop. *in leg.* 20. *tit.* 14. *Part.* 5. *glos.* 1: Ant. Fab. *de Conjectur. lib.* 12. *cap.* 9: Hermos. *in leg.* 49. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 7. *n.* 9. *vers. Sed aliud*: Vinnius *in Institut. §.* 30. *de Actionib.*: Olea *de Cess. jur. tit.* 6. *q.* 11. *n.* 22: Covarr. *in cap. Quamvis de Pact. in Sex. part.* 1. *§.* 4. *n.* 15. *ad fin.*: Salg. *Labyrint. part.* 2. *cap.* 28. De aquí es que la compensacion equivale en todos sus efectos á la paga real, y de con-

consiguiente extingue la accion del acreedor desde el mismo punto en que el deudor adquiere otra contra aquel en el todo ó á prorata; y esto es lo que se llama *conquasarla ipso jure* sin esperar á que se proponga como excepcion ó defensa; pues esta diligencia exterior mas sirve de instruir al Juez de los respectivos créditos que inducen la compensacion, y de explicar la intencion de compensarlos, que siempre se presume la hay por ser mas útil, que para producirla como accion ó reconvencion sin que trascienda el influxo de la propuesta compensacion desde entónces á extinguir la accion del acreedor contrario, que ya viene *conquasada* desde la respectiva union de los créditos.

2 De estos principios nacen tambien otras seguras conseqüencias: la primera que si uno de los créditos tiene por su naturaleza ó convencion interes ó usuras, cesan estas en el equivalente del crédito simple que adquirió posteriormente el que ántes era deudor: porque no subsistiendo el capital ha de correr igual suerte lo accesorio de los intereses ó usuras, como si desde el punto que el deudor se hizo acreedor contra su anterior acreedor se hubiese verificado la paga real y efectiva: la segunda que si por error ó ignorancia se omitiese proponer la compensacion, y el deudor pagase á su acreedor, se reserva y compete al que hizo la paga la condicion *indebiti per errorem soluti* suponiendo extinguida la deuda por efecto de la compensacion, y sin embargo de no haberla propuesto: la tercera que se admite y tiene lugar en los juicios executivos en la misma forma, y dentro de los términos señalados para probar y liquidar la excepcion de verdadera paga de que hablan las *leyes* 1. 2. *y* 3. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*, porque todos la consideran con uniformidad: la quarta que corre y tiene lugar la compensacion, no solo con el principal deudor y acreedor sino contra su cesionario, ya intente la accion que se le ha cedido á su nombre en calidad de útil, ó en el del cedente en quien estaba radicada la ac-

cion directa; pues extinguida está desde aquel momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era ántes; ni se puede promover a su nombre la accion directa, que es la principal, ni pudo pasar al cesionario la útil, porque cederia lo que no existia, ni le pertenecia: la quinta que el fiador del deudor, si fuese reconvenido por el acreedor de su principal, se defiende con la compensacion que este pudo proponer excluyéndolo con la excepcion mas robusta *sine actione agis*: porque extinguida *ipso jure* por el crédito, que adquirió el deudor contra el que era su acreedor, caducó inmediatamente la obligacion del fiador, y puede con verdad asegurar que sin ella no hay accion, ni debe ser molestado á el pago, que anticipadamente habia hecho su principal por efecto de la compensacion legal aun ántes de indicarla ó proponerla: la sexta que la compensacion tiene lugar con los créditos del fisco, quando nacen de una misma causa ó administracion: la séptima que corre y tiene lugar la compensacion en todas las acciones, ya sean reales, personales ó mixtas, así en los contratos ó juicios que se llaman de buena fe como en los que son *stricti juris*; pues estan igualados por las leyes del reyno y por el novísimo derecho de los Emperadores, quienes suprimiéron aquella diferencia introducida por las leyes antiguas de los Romanos, que consistia en que en los juicios de buena fe bastaba alegar ó indicar la compensacion en qualquier estado del proceso, así en primera instancia como en las posteriores, y aun despues de la sentencia y cosa juzgada haciéndose al tiempo de la execucion; pero en los contratos y juicios *stricti juris* debia proponerse la compensacion con la fórmula de excepcion en el principio del pleyto contestándose en el mismo.

3 Las reglas y conseqüencias generales que van apuntadas reciben algunas restricciones en la materia y en las causas.

4 La materia ha de ser una misma la que se deba res-

respectivamente, y ha de consistir en lo que se cuenta, se pesa ó se mide concurriendo siempre estas dos calidades y condiciones unidas para que tenga lugar la compensacion; esto es, si el que pide es acreedor de cantidad, aunque el reo demandado tenga accion contra el actor para exîgir de él alguna especie de trigo, vino ó aceyte, no podrá exônerarse del pago del dinero que se le pide, aunque proponga por compensacion el importe ó equivalente del vino, trigo y aceyte: porque así como no podia pagar con estas especies lo que debia en dinero, ni obligar al acreedor á que lo recibiese por resistir las leyes que se pague una cosa por otra contra la voluntad del acreedor, el mismo efecto de repugnancia se halla en la paga que se induce por la compensacion.

5 Si las especies que mútuamente se deben entre sí el acreedor y deudor son de una misma calidad y graduacion, como vino por vino, trigo por trigo &c. tendrá lugar la compensacion concurriendo, como se ha dicho, la identidad en la clase y bondad; pero no sucederia así, aunque la especie fuese una misma, si la diferencia del precio y estimacion fuese notable, salvo que se probase incontinenti, ó á lo mas largo dentro de diez dias, el verdadero y justo precio del vino que respectivamente se debia, y así de qualquiera otra especie; pues entónces se compensaria á proporcion del interes y valor.

6 Aunque el acreedor lo sea en cantidad de dinero, si el reo que la debe tiene accion contra su acreedor á cierta especie, que por haberse extinguido ó perdido á daño y responsabilidad del mismo acreedor, haya de ser condenado en la sentencia al pago del interes ó estimacion, tendrá lugar en este caso la compensacion: porque la obligacion que en su orígen era de especie se convirtió en otra de cantidad, que es la que se atiende para la compensacion en el pago.

7 En las causas de deber hay tambien restriccion, co-

como sucede en los depósitos; pues quando se piden, no puede embarazarse su entrega y restitucion por efecto de compensacion, aunque sea en una misma cantidad ó especie, y aunque proceda una y otra de igual causa depositaria; porque siempre debe ser reintegrado en primer lugar el que se anticipó á pedir su depósito quedando reservada al otro la accion para repetir el suyo: *ley* 5. *tit.* 3. *Part.* 5: *ley* 27. *tit.* 14. *Part.* 5: *§.* 30. *Institut. Just. tit. de Actionib. leg.* 11. *Cod. de Deposit*: *leg.* 14. *Cod. de Compensat*: *cap.* 2. *extra de Deposit.*: Gonzal. *in dict. cap.* 2. *n.* 12. *et* 13: Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 6. *n.* 72: Hermosil. *glos.* 5. *dict. leg.* 5. *tit.* 3. *Part.* 5. *n.* 1: Castill. *lib.* 9. *cap.* 16. *n.* 12: Vinnius *dict. §.* 30. *de Actionib. vers. último.*

8 Todas las leyes y autoridades citadas en el número próximo convienen en la excepcion indicada, y en la razon en que se fundan atribuyendo á iniquidad y perfidia el intento de embarazar la restitucion del depósito habiéndola ofrecido de buena fe, que es lo mismo que si dixesen con mayor claridad, como yo lo entiendo, que la materia de que se trata no es de las que admiten compensacion: porque el depositario se obligó únicamente al mero ministerio de guardar la cosa depositada y á volverla quando la pidiese el dueño de ella, cuyo dominio y posesion conserva enteramente; y el cumplimiento específico de esta obligacion del depositario no puede suplirse con el pago de la misma cosa depositada, ni por la compensacion de otra equivalente, pues seria volver ó pagar una cosa por otra.

9 Aunque el Rey, los concejos y comunidades estan en la regla de admitir las compensaciones, que les proponen sus acreedores, reciben tantas excepciones que en pocos casos tiene lugar la compensacion, como se observa en las leyes y autores que tratan de ello: *leg.* 12. *et* 46. *§.* 4. *et* 5. *ff. de Jur. Fisci*: *leg.* 4. *et* 7. *Cod. de Compensat.*: *ley* 26. *tit.* 14. *Part.* 5: Castill. *Controv. lib.* 4. *cap.* 40. *n.* 69, en donde refiere los que trataron mas de intento la materia.

Tam-

10 Tambien admite diferentes restricciones la regla ya insinuada de que la compensacion, que puede oponerse al principal acreedor, procede igualmente respecto de su cesionario, y habiendo tratado largamente de todas ellas los autores de mejor opinion, seria inútil repetirlas en estas *Instituciones*: Olea *de Cess. jur. tit. 6. q. 11. à num. 22.*

11 Resta por último exâminar en que tiempo y estado de los autos deba proponerse la compensacion. Esta duda se resuelve con uniformidad por los autores de mejor nota asegurando que no solo puede producirse ante el Juez de la primera instancia en todo el progreso de los autos sino tambien en el tribunal adonde hayan ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan executorias; y se fundan en que la compensacion, aunque se llama impropiamente algunas veces excepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatoria* ó *perentoria*, debiese usarse de ella en la primera instancia, y en los términos que prescriben las leyes, señaladamente la 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*, no es á la verdad excepcion sino pura defensa con efectos de paga; y así como esta tiene lugar en qualquier instancia y tiempo, aun quando se trata del cumplimiento de las sentencias executoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una y otra extinguen la accion del acreedor, lo qual no sucede en las verdaderas y legítimas excepciones, que dexan permanente la accion, y solo detienen sus efectos compulsivos y executivos: Vinnius §. 30. *Instit. Justin. de Actionib. n.* 2: Salg. *de Retention. part.* 2. *cap.* 9. *n.* 6. *et* 7: Scacia *de Sentent. et re judic. glos.* 7. *q.* 4. *inspect.* 3. *n.* 137: Surd. *Decis.* 191. *n.* 4. *et* 7.

CA-

56 JUICIO CIVIL.

CAPÍTULO VI.

De la reconvencion y mutua peticion.

1 Es la reconvencion una nueva demanda diversa en todas sus partes de la anterior introducida por el actor, porque la accion de este y la que en su contestacion propone ahora el reo son notoriamente diversas; y aunque las personas parecen unas mismas, son distintas en sus representaciones, porque el reo de la primera es actor en la segunda y al contrario produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios: *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. *vers. La trecena*: *ley* 57. *tit.* 6. *Part.* 1: *ley* 4. *tit.* 10. *Part.* 3: *cap.* 2. *de Ordin. cognition. Cum ea in modum actionis proposita, intelligantur mutuæ petitiones sese tanquam diversæ minime contingentes*: *Clement. sæpe §. Verum de verb. significat*: *leg.* 14. *cum Authen. Et consequenter Cod. de Sentent. et interlocut.*: *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*: Salgad. *Labyrint. part.* 1. *cap.* 16. *n.* 13. *et de Supplicat. part.* 2. *cap.* 15. *per tot.*

2 El poseedor de un mayorazgo, si redime los censos á que estan afectos sus bienes, no confunde sus acciones, aunque se reunan en una misma persona, ántes bien las conserva para sus herederos en calidad de libres: porque la representacion con que obra en la redencion del censo es diversa de la que tiene como poseedor del mayorazgo: Salg. *Labyrint. part.* 2. *cap.* 7. *per tot. præcipue n.* 26. *et* 27: idem *de Retention. part.* 1. *cap.* 11. *à n.* 11: Olea *de Cess. jur. tit.* 4. *q.* 1. *n.* 35. *vers. Id autem.*

3 Lo mismo sucede en el heredero que admite la herencia con beneficio de inventario; pues aunque se trasladan en su persona las obligaciones de la herencia limitándose únicamente su cumplimiento al valor de ella, conserva las acciones que anteriormente le competian por otras causas subsistiendo la diversidad legal de su persona, como si realmente fuesen dos: *ley* 8. *tit.* 6. *Part.* 6.

"É si aquel, que es establecido por heredero, oviese al-»guna demanda, ó le deviese alguna cosa aquel que le »estableció por su heredero, en salvo le finca la deman-»da, ó aquello quel devia el testador, si el inventario »ficiere así como sobredicho es:" Vinnius *Instit. tit. de Hæred. qualit. §.* 5.

4 En el tutor que gobierna la persona y bienes del pupilo se reunen dos conceptos, que mantienen la diversidad de su persona para todos los efectos legales.

5 Por todos estos principios debia establecerse como segura conseqüencia que el actor de la segunda demanda, en que se incluye la reconvencion ó mutua peticion, siguiese la regla general de introducirla ante el Juez del domicilio del reo, ó de aquel que por otro qualquiera respecto tenga jurisdiccion para conocer de sus causas, determinarlas y llevar á execucion sus sentencias: Carlev. *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *q.* 1. *cum pluribus ibi relatis.*: *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3: *ley* 4. *tit.* 3. *de la mism. Part.*: *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 4. *de la Recop.*: *cap.* 5. *et* 8. *ext. de Foro competent.*: Gonzalez *in dictis capit.*

6 Esto no obstante estan declaradas con uniformidad todas las leyes y cánones á favor del Juez, que empezó á conocer como ordinario y competente de la accion y demanda introducida contra el reo, que estaba sujeto á aquel juzgado por razon de domicilio ó por otra de las causas legales para que él mismo pueda exercitar su jurisdiccion, y extenderla á conocer y determinar las causas del mismo actor, que propusiese el reo por via de reconvencion y mutua peticion, aunque sea de diverso fuero y jurisdiccion.

7 Esta prerogativa ó privilegio con que se halla limitada la regla de que el actor haya de seguir el fuero del reo, y proponer ante su Juez las acciones que haya de introducir, no solo es relativa á los Jueces ordinarios sino tambien á los delegados; pues sin embargo de que estos tengan una jurisdiccion mas estrecha, porque sale limitada de la boca del delegante en calidad de mandato,

cuyos fines no es lícito exceder, y sea por otra parte privilegiada y exôrbitante del derecho comun en la comision que se da para conocer y determinar ciertas causas, y que todas estas circunstancias obligan á reducir su cumplimiento á los términos, que explica la comision ó mandato sobre las causas y personas que contiene el rescripto, *cap.* 2. *de Mutuis petitionib. Ut sibi juxta mandatoris rescriptum*: *cap.* 5. *de Rescript. Aut mandatum nostrum reverenter adimpleas*: *cap.* 22. *Cum enim in litteris nostris eisdem principaliter mandaretur*: *et* ibi: *Ipsi formam mandati Apostolici transponentes*: *cap.* 6. *de Præbend. et dignitatib.*: *cap.* 40. *de Officio judic. deleg. Cum hujusmodi delegata jurisdictio ad alias personas nequeat prorogari*: Gonzalez *in dict. cap.* 40. *n.* 5. *et in cap.* 36. *n.* 4. *et* 6. *dict. tit.*: Vinnius *Instit. §.* 8. *de Mandato*; ceden sin embargo todas estas consideraciones á la mas preeminente de que el mismo Juez conozca de las causas y acciones que introduzca el reo contra el actor por reconvencion y mutua peticion: *cap.* 1. *et* 2. *de Mutuis petitionib.*: Gonzalez *ibid. cum pluribus relatis*: Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 4. *à n.* 14: *ley* 20. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "E aun decimos, que despues que el demandado haya respuesto á »la demanda de su contendor delante del Juez delegado, si él quisiese facer otra demanda al demandador »delante ese mismo Juez, que lo pueda facer, como en »manera de reconvencion. É ha poderio el delegado, de »oir tal pleyto, é librarlo, maguer non le fuese encomendado señaladamente: ca guisada cosa es, que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese »Juez, que antel lo faga el demandado."

8 Aun hay otra mas extensiva y preeminente facultad que se atribuye por efecto de la reconvencion ó mutua peticion á los mismos Jueces seculares, que conocen de las causas que intentan los clérigos contra legos; pues reconvenidos ante el mismo Juez Real y en el propio juicio deben contestarlo en aquel fuero, y estar á la sentencia que diere el Juez Real, sin que puedan alegar excep-

cepcion de competencia, ni reclamar el fuero que siendo reos les conceden las leyes y los cánones en todas sus causas: *ley* 57. *tit.* 6. *Part.* 1. *ibi*: "Mas si el Clérigo »demandare alguna cosa al lego temporal, tal demanda »como esta deve ser fecha ante el Judgador seglar, é si »ante quel pleyto se acabase, el lego á quien demanda, »quisiere facer otra demanda al Clérigo su demandador, »allí deve responder por aquel mismo juicio, é non se »puede escusar, por la franqueza que han los Clérigos »por razon de la Iglesia."

9 Á vista de estas particularísimas prerogativas que se han dispensado á las reconvenciones y mutuas peticiones limitando y derogando en este punto las leyes y cánones, que con tanta razon protegen al reo para que pueda defenderse dentro de su domicilio y fuero en las acciones que se intentan contra él, es preciso considerar que habrán tenido los legisladores fundamentos poderosísimos para deferir con tanta indulgencia á la relaxacion del derecho comun.

10 En la citada *ley.* 57. *tit.* 6. *Part.* 1. no se expresa razon alguna que excitase á sujetar el clérigo al fuero del Juez lego derogando el suyo en lo general, y en la particular inmunidad que gozan los Eclesiásticos.

11 En la 32. *tit.* 2. *Part.* 3. se establece la regla de que el demandador debe poner su demanda ante aquel Juez que ha poder de juzgar al demandado, que es decir, que ha de buscar y seguir el fuero del reo; y procediendo á las limitaciones de esta regla señala la trece para el caso de la reconvencion ó mutua peticion en estos términos: "La trecena es, si el demandado quiere »mover algun pleyto, contra aquel que face la demanda. Ca luego quel aya fecho respuesta á ella, tenudo »es el otro de responderle á la suya, é non se puede es»cusar que lo non faga; maguer diga que non es del jud»gado del Juez, ante quien le facen la demanda:" y continúa dando la razon fundamental de esta singular disposicion: *ibi*: "É esto tovieron los sabios por razon, porque

»bien así como al demandador plugo, de alcanzar dere-»cho ánte aquel Judgador, que así le sea tenudo, de res-»ponder antel."

12 El grande Papiniano, que es el primero de los sabios á quien puede referirse la citada ley de Partida, formó su opinion, que pasó á ser ley por la autoridad y ampliacion que la diéron los Emperadores convencidos de la propia razon y fundamento, que explican en la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interlocutionib. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur*: *Authent. Et consequenter. eod. tit.* ibi: *Et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim, statim quidem hoc non licet, ni apud eundem judicem. Qui si displiceat, intra viginti dies recusari potest, aliumque mereri apud quem rursus utrumque negotium ventiletur; alioquin lite contra me mota, prius ventilata, et terminata, tum demum et ego admitar*: *Novel. 96. cap. 2. §. 1. Et eundem esse judicem in utroque negotio*: *Novel. 123. cap. 25. Si vero et in quibusdam causis, vel actionibus semetipsos obligatos fecerint in tempore, in quo responsa faciunt, pro iis conventiones suscipiant*: *Canon. 1. cau. 3. q. 8. §. 1.* ibi: *Cujus in agendo quis observat arbitrium, eum habere etiam contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.*

13 En la letra de las autoridades referidas se presenta la disposicion primitiva, que introduxo la restriccion de la regla ya insinuada de que el actor hubiese de seguir siempre el fuero del reo en sus demandas; y se presentan tambien las ampliaciones que sucesivamente diéron los Emperadores, y siguiéron los cánones, á la enunciada limitacion en quanto á las causas y acciones, tiempo y circunstancias en que debian proponerse por via de reconvencion ó mutua peticion ante el mismo Juez, que conocia de la primera demanda ó causa sin permitir al reo usase de su accion contra el actor en otro juicio hasta que se acabase el primero intentado contra él.

En

14 En la razon principal, que justifica con equidad el privilegio de la mutua peticion, no se detuviéron algunos de los muchos autores que han tratado de ella: otros la entendiéron con diverso sentido deduciendo opuestas conseqüencias que hiciéron obscura y confusa la decision de este asunto; y para darle la claridad posible, que no seria fácil recibiese haciendo mérito de todas las opiniones, se resumirán las mas autorizadas.

15 Pedro Barbosa en la *ley 29. ff. de Judiciis* supone que la razon de Papiniano fué entendida y explicada generalmente en los términos siguientes: *Ut cum actor elegerit Judicem rei, coram quo illum conveniat, eundem debet agnoscere judicem contra se, si coram eodem reconveniatur*; y estimó de tanto peso esta libertad en la eleccion del Juez que sin ella no admite la reconvencion, como sucede en el dictámen de este autor quando se expide el rescripto á los Jueces delegados *motu propio* ó por uniforme consentimiento de las partes, y en otros casos que refiere á los *nn.* 11. 41. 48. *y* 49.

16 Pareciéndole que estos principios de libertad y eleccion no podian conciliarse con la necesidad, que impónen al actor las leyes y los cánones de seguir el fuero del reo en sus demandas, figuró este punto de libertad y eleccion al tiempo de los contratos y obligaciones queriendo que el acreedor se precaviese con el pacto de que el deudor se hubiese de someter al fuero y jurisdiccion de aquel, por cuyo medio salia de la necesidad de buscar al reo en su fuero, y quedaba seguro de que quando éste le quisiese reconvenir, lo hubiese de hacer en el del actor: *ibi. n.* 17. *Sed nihilhominus salvando communem expositionem, considerandum est, quod ideo actor dicitur eligere Judicem rei, quia tempore contractus potuit facere, quod reus renuntiaret propio foro; quod cum non fecerit, videtur voluisse id quod jus in eo casu disponit: et sic in hoc sensu dicetur elegisse Judicem rei, coram quo eum conveniat.*

17 El señor Gonzalez en la exposicion del *cap.* 1. *de Mu-*

Mutuis petit. adopta el mismo pensamiento de Barbosa, y atribuye la libertad de la eleccion al contrato, en cuya celebracion fué libre el actor, y lo debe ser en sus conseqüencias.

18 Sin embargo de que estas opiniones tan autorizadas preocupáron á otros muchos que las siguiéron sin discernimiento, me parece que la razon de equidad en que se fundó la sentencia de Papiniano, que admitiéron despues los Emperadores, consiste en la aprobacion que hace el actor del Juez del reo, ante quien pone su demanda considerándole en este acto por justo, íntegro y de todas las prendas recomendables que aseguran la administracion de justicia; pues seria cosa indigna y muy reprobada en el derecho que refutase al mismo Juez en la reconvencion del reo, á no ser por alguna causa superveniente á su aprobacion en el tiempo de la demanda.

19 La regla de que el actor debe buscar el fuero del reo para demandarle es cierta; pero no está ligado á proponer su accion ante el Juez ordinario que le sea sospechoso, lo qual seria cosa durísima: *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "É porque es mucho peligrosa cosa de aver »ome su pleyto delante del Judgador sospechoso:" *cap.* 5. *ext. de Exceptionib.* ibi: *Cum periculosum sit coram suspecto judice litigare.* Para ocurrir pues á este grave inconveniente, franquean las leyes dos remedios: el uno pedir al Rey ó al Consejo, como se hace freqüentemente, que se nombre un Juez imparcial en el fuero del mismo reo, ante quien pueda usar de su accion mediante no poderlo hacer ante su ordinario por las causas de sospecha, que debe expresar y justificar á lo ménos con su juramento, y que parezcan probables al tribunal superior que ha de expedir la comision y nombramiento de nuevo Juez.

20 El segundo remedio que compete al actor ántes de introducir su demanda siendo el Juez ordinario del reo sospechoso, y no habiendo otro competente en aquel territorio, es el de introducirla en el Consejo ó Chan-

ci-

cillerías por caso de corte atendidas las circunstancias, que indica la *ley* 21. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.*, y en otros casos que estiman los tribunales superiores especialmente el Consejo deber radicarse en ellos las causas civiles en primera instancia para que la justicia sea expedita, y se administre con integridad y sin respetos humanos: *ley* 21. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop. ibi*: "Y los otros, que »por algunos respetos nos pareciere, que se devan rete»ner en el nuestro Consejo:" *ley* 22. *siguiente ibi*: "Man»damos que los del nuestro Consejo tengan poder, y ju»risdiccion, cada que entendieren que cumple á nuestro »servicio, y al bien de las partes, para conoscer de los »tales negocios, y los ver, y librar, y determinar sim»plemente, y de plano, y sin estrépito, y figura de juicio, »solamente sabida la verdad." Y no usando el actor de estos medios legales explica su libertad y eleccion á favor de la justificacion, integridad y buenas prendas del Juez del reo, ante quien pone su demanda, y dicta de consiguiente la equidad y la razon que reciba su arbitrio y determinacion en los negocios propios, si fuese demandado por el reo.

21 En la citada disposicion de Papiniano, que es la primitiva á que se refieren las otras, no hay palabra que explique, ni aun indique por causa de su disposicion la eleccion del actor acerca del Juez, porque las dos que incluye ibi: *Observat arbitrium*, son adaptables con mayor propiedad á que quiere estar y pasar por la sentencia, que diese mediante el reconocimiento que hace de la integridad y justificacion de aquel Juez, ante quien puso su demanda; pues aunque estaba necesitado de buscarle en el fuero del reo, podia hacerlo ante aquel que no le fuese sospechoso; verificándose de consiguiente que no se ha de buscar la voluntad ó eleccion del actor en los contratos ó quasi contratos celebrados con el réo, como quieren unos, ni en que buscase aquel el Juez del reo, sino en que le hallase sin sospecha en la administracion de justicia.

En

64 JUICIO CIVIL.

22 En la *Novela* 69. *tit.* 24. se halla demostrada con muy sólido fundamento esta sentencia. Entra suponiendo ser notorio que así como el actor era libre en poner su demanda contra el reo ante el Juez de su fuero, competia igualmente á éste el uso de sus acciones contra el mismo actor que por diversa causa venia á ser reo debiendo seguir su fuero en esta nueva demanda. De aquí resultaban gravísimos inconvenientes que turbaban la tranquilidad pública, y ofendian al mismo tiempo los respectivos intereses de estas partes; pues luego que el reo se hallaba próximamente amenazado con la primera demanda de su actor, hacia uso contra este de la suya ante el Juez de su fuero, que en lo general era diverso, ó podia serlo. De consiguiente eran dos los pleytos, los gastos mayores, se aumentaban los cuidados y desvelos, y lo que era mas, se apuraban los medios á la malicia para dilatar las causas por el interes, que tenian los actores en que se acabase primero la suya, viniendo á hacerse interminables.

23 La experiencia de estos sucesos llamó toda la atencion de los Príncipes y de los Magistrados para atajar tan graves daños, que es uno de los objetos primitivos de su institucion y oficio: *ley* 2. *y siguientes*, *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.*: Bobadilla *lib.* 3. *cap.* 14. *á n.* 77: Larrea *decis.* 4. *n.* 8: Gonzalez *in cap.* 5. *de Dolo et contum. cap.* 3. *n.* 7: *Nacthen*, *de Justi. in litib. vulnerat. cap.* 1: *et cap.* 5. *de Dolo et contum.*: *cap.* 1. *de Appellationib. in Sex.*: *Clement.* 2. *de Judiciis.* Y para esto no pudiéron hallar medio mas oportuno que el establecido por las citadas leyes de que el que es reo en la primera demanda, y quiere producir la suya contra el mismo actor, lo haga ante el Juez del propio fuero que empezó á conocer de la primera instancia reduciendo los dos procesos á uno, y haciéndose la defensa mas expedita al reo que tomaba las partes de actor en la nueva demanda, pues la radicaba en su propio fuero, y se conseguia la igualdad en la duracion de las dos instancias determinándose en una

una sola sentencia por el órden con que se habian introducido.

24 Con la observancia de estas disposiciones se asegura el beneficio público y el de las partes, demostrándose así que el haberse reunido las convenciones y mutuas peticiones no fué un favor singular dispensado al reo de la primera demanda para que pudiese introducir la suya ante el Juez de su propio fuero, que conocia de aquella, sino que igual beneficio alcanzó al actor para no ser distraido ni molestado con la nueva demanda del reo ante otro Juez, aunque fuese el de su propio fuero obligándole, para atender á la defensa de esta causa, á abandonar la que primeramente habia él introducido.

25 En esta restriccion no se ofende la libertad del que es reo en la primera causa, pues pudo muy bien usar de ella ántes de ser demandado, y entónces lo haria en el fuero del reo obligándole á que usase de la suya allí mismo, pues las leyes favorecen á los diligentes.

26* Puede tambien esperar á que se concluya y determine la primera demanda, y usar despues de la plena libertad de proponer la suya ante el Juez del fuero del reo, que habia sido actor en aquella instancia; de suerte que sólo en el caso de querer producirla estando pendiente la primera causa y en sus principios tiene ceñida su libertad á que lo haya de hacer en el tribunal del Juez, que empezó á conocer de la primera demanda.

27 Si el reo que fué primeramente demandado en su fuero tuviese al Juez por sospechoso, se le auxilia por el medio de la recusacion, y el de que pida otro Juez libre de recelos para las dos partes; el qual se le dará dentro de aquel propio fuero ante quien podrá introducir su demanda, y se unirá á ella la que ántes estaba propuesta por el actor con el fin indicado de que se proceda en las dos á un mismo tiempo, y se determinen con una sola sentencia á beneficio del público y de

las partes, debiendo observar el reo el término de veinte dias, que se le señalan en el citado *cap.* 2. *§.* 1. *de la Novela* 96, para explicar las sospechas y los rezelos que tenga del Juez ántes de contestar la primera demanda: porque la contestacion induce aprobacion del mismo Juez, y no podria tenerle despues por sospechoso á no ser por alguna causa superveniente, que debe alegar, jurar y probar.

28 De estas disposiciones, que se han traducido en todo lo esencial, resultan dos observaciones capitales en la materia de que se va tratando: la primera que la aprobacion, que hacen las partes del Juez teniéndole por íntegro y sin sospecha, es la causa remota ó secundaria del privilegio concedido á la reconvencion ó mutua peticion, pues se atiende al interes de los litigantes evitándoles el riesgo y daño á que se exponen poniendo sus causas en manos de un Juez sospechoso: la segunda que el beneficio público que se asegura en la extincion de los pleytos, en su reduccion ó moderacion es la causa principal y próxima, que excitó y justificó la singularidad y efectos de la reconvencion ante un propio Juez, desviándose de la regla general de que el actor haya de seguir en sus demandas el fuero del reo.

29 De esta última parte que está bien autorizada en las enunciadas leyes y cánones, señaladamente en la *Novela 96. cap* 2, puede nacer la ampliacion que se dió á las causas profanas de los clérigos para ser reconvenidos en los tribunales del Juez lego sin embargo de la exêncion que gozan: Larrea *decis. disp.* 4. *n.* 8. con muchos que refiere: *cap.* 3. *de Rescript. in Sex.*; pues como la debiéron á la generosa mano de los Príncipes seculares, de cuya opinion nadie podrá dudar con fundamento, segun se demostrará en lugar mas oportuno, no debe entenderse ni ampliarse en daño de la causa pública, que estaba preservado por otras leyes particulares de los mismos Príncipes, como sucede en las reconvenciones y mutuas peticiones.

He

30 · He observado tambien en los muchos autores que tratan difusamente de las reconvenciones que no tocan el punto de si los actores legos, que ponen sus demandas á los clérigos en su fuero, podrán ser reconvenidos en el mismo sobre causas profanas; y sin duda procederá este silencio de no hallar motivo para dudar de que así sea guardando entera uniformidad entre clérigos y legos; pues así como aquellos sin embargo de no poder renunciar la inmunidad de su fuero, *cap.* 12. *ext. de Foro competent.*: Gonzalez *in dict. cap. cum pluribus ibi relatis*, se sujetan al Real por efecto de la reconvencion, tambien los legos, aunque les está prohibido someterse en las causas profanas al fuero eclesiástico, *ley.* 10. *y* 11. *tit.* 1. *lib.* 4. *de la Recop.*, han de ceder al beneficio público en que se funda la reconvencion con todos sus efectos.

31 Del tiempo en que deben ponerse las demandas de reconvencion han tratado los autores con notable variedad: unos dicen que puede introducirse en qualquiera estado del juicio pendiente sobre la primera demanda haciéndose ántes de la sentencia: otros aseguran que solo puede hacerse ántes de la contestacion ó en el tiempo próximo á ella; y algunos conciliando estas dos opiniones dicen que la reconvencion introducida ántes de la contestacion de la primera demanda ó en el mismo acto próximo á ella goza de los dos efectos ó privilegios de traer al actor al Juez del reo, y de que sigan las dos demandas en un proceso y sentencia; pero que introduciéndose despues de la contestacion, aunque esté pendiente el juicio, pierde el principal efecto de substanciarse y determinarse á un mismo tiempo, y que solo tendrá el de radicarse ante el propio Juez del reo que puso la reconvencion, aunque no lo sea del actor que instauro la primera demanda.

32 Estas opiniones pudiéron tener en lo antiguo alguna probabilidad, aunque yo siempre estaria por la segunda, y no admitiria reconvencion en otro estado del

juicio que en el de la contestacion: porque solo en este caso se verifica el beneficio público de reducir los pleytos, seguirlos y determinarlos en un mismo proceso; pero en el dia ya estan abolidas por la disposicion de la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*, que prescribe el término de veinte dias para que el reo, si entendiere que le cumple, pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion y mutua peticion contra el actor y no despues.

33 Esta ley ha confirmado muy claramente la proposicion anteriormente indicada de que la causa principal y próxima de admitir las reconvenciones ha sido siempre el beneficio público de seguirse y determinarse á un mismo tiempo las dos demandas; y como esto solo puede verificarse cómodamente poniendo la de reconvencion dentro de los veinte dias, no se admiten las que se introduzcan despues, y queda el reo en libertad para usar de su accion separadamente en el fuero del que es actor en la primera demanda, despues de concluida ésta, debiendo imputar á su negligencia el perjuicio de la dilacion que pueda sentir; pues estuvo en su mano prevenirlo y repararlo usando de su derecho en el término de los veinte dias logrando á un mismo tiempo el beneficio particular de seguir su instancia dentro de su fuero sin necesidad de recurrir despues al del reo.

34 Si la primera demanda fuese sumaria por su naturaleza, ó porque se haya mandado por rescripto que se proceda en ella breve y sumariamente sin estrépito ni figura de juicio, *appellatione remota*, la reconvencion seguirá la misma suerte para que se substancien y determinen á un mismo tiempo las dos demandas guardando toda igualdad entre las partes: *cap.* 2. *ext. de Mutuis petitionib.*

35 En los juicios executivos se han ofrecido graves dificultades para dar entrada á la reconvencion ó mutua peticion: unos aseguran que debe admitirse y correr por los mismos términos de la execucion siempre que dentro de ellos pueda liquidarse y probarse, y si requiriese

mas

mas alto exámen dicen que no se ha de suspender ni perder su curso la instancia executiva reservándose continuar la reconvencion en juicio separado ante el propio Juez: Aceved. á la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 68: Carlev. *de Judiciis*, *tit.* 2. *disput.* 7. *n.* 9: Gonz. *in cap.* 1. *de Mutuis petitionib. n.* 6: Scac. *de Sentent. et re judicat. glos.* 7. *q.* 4. *spect.* 3. *n.* 138: Salg. *Labyrint. p.* 1. *cap.* 16. *à n.* 9.

36 Aunque para fundar esta opinion recurren á diferentes medios, todos son generales y vagos, de pura comparacion y semejanza, porque no hallan ley civil ni canónica con que puedan autorizarla. Don Alonso Acevedo, que se lisonjeó en el lugar citado al fin del *n.* 72. haber discurrido como ninguno en esta materia, persuadido de que la explicaba con mejor discernimiento que otros, la funda principalmente en que la reconvencion es una de las excepciones mas legítimas recibida por derecho civil, canónico y Real para impugnar y rebatir la convencion; y que estando dispuesto en la *ley* 2. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* que se admita en la via executiva toda excepcion legítima que se pueda liquidar y probar dentro de los diez dias que señala la misma ley, le parece consiguiente que tenga lugar en estas circunstancias la reconvencion, conviniendo en que si no se liquidase en dicho término continue su curso la execucion reservándose el correspondiente á la reconvencion en otro juicio ante el mismo Juez.

37 Carleval en el lugar citado al *n.* 10. recomienda los fundamentos indicados por Acevedo: ibi: *Qui adducit multa, et bona fundamenta*, y sobre los mismos proceden casi sin diferencia los demas que llevan esta opinion.

38 Otros autores siguen la contraria, estableciendo por regla constante que en los juicios executivos no tiene lugar la reconvencion: Baldus *in Authen. Et consequenter de Sentent. et interlocutionib. n.* 17. *et alii relati à* Carlev. *dict. tit.* 2. *disp.* 7. *n.* 9: *et* Acev. *in dict. leg.* 1. *n.* 68. Sus fun-

fundamentos podrán verse en los mismos autores citados, pues aunque yo admito por mas segura ó á lo ménos por mas probable esta opinion, procedo con otras razones que me parecen mas sólidas y calificadas en las leyes y en la práctica y observancia de los tribunales.

39 En los treinta y dos años que he asistido á los de la corte defendiendo y determinando negocios no he visto ni aun oido que se haya introducido una reconvencion ó mutua peticion para detener ó elidir la via executiva; y quando el no uso de este remedio no manifestase en lo general el no hallarse recibido á lo ménos indica que es poco útil, y que hay otros medios mas seguros y expeditos por donde puedan los interesados aprovecharse de la accion ó excepcion que habian de producir en forma de reconvencion ó mutua peticion.

40 La *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone: que contra las obligaciones y contratos que tengan aparejada execucion, no sea admitida ni recibida "ninguna otra excepcion, ni defension, salvo paga del deudor, ó promision, ó pacto de no lo pedir, ó excepcion de falsedad, ó excepcion de usura, ó temor, ó fuerza, y tal que de derecho se deva rescebir; y si otra qualquiera excepcion se alegare, no sea rescebida, ni el que la pusiere sea oido."

41 La primera parte de esta ley entra con una disposicion negativa excluyendo del juicio executivo todo lo que no esté señalado y comprehendido en la misma ley; y no satisfecha con la primera cláusula la repite haciéndola general á otra qualquiera excepcion que se alegare, convenciéndose por estos dos medios que solo quedáron habilitadas en calidad de excepcion ó defensa las que literalmente se expresan en la misma ley, en la qual no se hace mencion de la reconvencion ó mutua peticion; y esta omision la dexa fuera de la clase de aquellas que pueden alegarse y ser recibidas.

42 Compruébase este pensamiento lo primero porque la mutua peticion es una accion formal y diversa de

de la que contiene la demanda ó instancia executiva, en cuyo punto convienen todos los que han tratado de las reconvenciones, de suerte que ni es excepcion ni es defensa ; no es excepcion, porque su fuerza es relativa á detener ó elidir la accion á que se dirige ; y ménos es defensa, porque ésta supone defecto de accion en su orígen, ó hallarse ya enteramente extinguida ; y en esta clase está la paga ó la compensacion que es su equivalente, cuya diferencia se advirtió al fin del capítulo anterior tratando de la compensacion, y la observó y explicó con mucho conocimiento Gonzalez en el citado *capit.* 1. *de Mutuis petitionib. n.* 6. ibi : *Reconventionem esse rei conventi adversus actorem, durante conventionis judicio, viscissim sub eodem judice institutam actionem* : *et* ibi : *dicitur actio instituta, ut distinguatur ab exceptione, qua nihil prosequitur, sed tantum excludit, minuitque intentionem agentis. Unde exceptione opposita, nisi reus novam actionem instituat, non datur reconventio, seu mutua petitio.*

43 De lo expuesto nace por necesaria conseqüencia que si el interes del reo executado se propone como excepcion ó defensa no es entónces reconvencion ni mutua peticion, y se quedará en la clase de pura compensacion sujeta á las reglas que estan indicadas en el capítulo antecedente ; y si el reo propone el mismo interes por via de accion, en cuyo fundamento consiste la reconvencion, es error llamarla entónces excepcion ó defensa, pues ni aun el nombre la queda de las que admite la citada *ley* 1 en los juicios executivos.

44 La accion que se promueve en tales juicios executivos ha de entrar líquida y probada ; pues sin estas calidades no podrá el Juez despachar la execucion, y ménos reservarse su exámen y prueba para los diez dias : porque así como la execucion pedida por el actor, si no va calificada desde luego con la prueba y liquidacion que prescriben las leyes, no se despacha, lo mismo debe suceder en la execucion que pretenda el reo executado por via de reconvencion ó mutua peticion sin reservar su prue-

prueba para los diez dias, que son privativos á las excepciones y defensas pero no á las nuevas acciones.

45 Para dar lugar á las reconvenciones executivas, debe suponerse que así la accion que promueve el actor como la que propone el reo en su reconvencion estan probadas con instrumento auténtico ó con reconocimiento y confesion de las partes, ó que nacen de cosa juzgada. Tambien se debe suponer que la materia de las execuciones son las deudas de cantidad líquida; y concurriendo estas dos circunstancias, así en la accion del actor como en la del reo, se despacharian dos execuciones, si se intentase la reconvencion ó mutua peticion, con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos; á cuyo remedio se atiende mas seguramente usando el reo de su accion en forma de compensacion y defensa, que es lo que se practica y observa en todos los juicios executivos; y á este fin y para no caer en la pena de la *plus* peticion, se precave el actor executante con la cláusula saludable de admitir en cuenta de la cantidad que pide justas y legítimas pagas; esto es, qualquiera otra cantidad que el reo le hubiese pagado realmente ó por un equivalente medio, como lo es el de la compensacion: porque como desde el punto que la indica el reo se retrotrae al tiempo de los respectivos contratos, y se consideran desde entónces *conquasadas* las obligaciones, viene á resultar que pidiendo el actor execucion por toda la cantidad de la obligacion que está á su favor, pide con exceso á la que legítimamente le es debida, si se ha de descontar la que el mismo actor está debiendo al reo executado por iguales contratos ú obligaciones probadas, ó que puedan justificarse en el término de los diez dias.

46 El de veinte señalados en la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* para qûe el reo pueda poner y hacer su pedimento de reconvencion y mutua peticion contra el actor no tiene cabimiento en los juicios executivos; y lo mas de que podria aprovecharse el reo serian los tres dias

días contados desde la oposicion, que son los únicos que señala la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* para alegar excepcion legítima, y probarla en el de los diez dias conforme á las *leyes* 1. *y* 2. *del propio título.* Y constando ya por lo expuesto en este capítulo que las reconvenciones no estan en la clase de excepciones á que se limitan las enunciadas leyes, como se demuestra mas abiertamente por el epígrafe del *tit.* 5. *lib.* 4. *Recop.*, que trata de las reconvenciones que ponen los reos á las demandas con cláusulas discretivas, que indican absoluta diversidad de las excepciones dilatorias y perentorias, repitiéndose igual discernimiento en la 1. del mismo título, se hace evidente que el reo executado no tiene término alguno ni aun el de los tres dias, para proponer su reconvencion en los juicios executivos, y ménos puede entrar á probarla en los diez dias que para este fin conceden las leyes citadas.

49 Los autores que admitiéron la reconvencion en los juicios executivos proceden en su opinion sin aquel discernimiento que debian hacer de la naturaleza y del órden con que se procede en ellos, sin duda porque hallarian en estos pasos los graves inconvenientes que van indicados; pues como se despacha la execucion, quando la producen los instrumentos públicos que se presentan, sin citar al reo, y se hace la execucion en sus bienes muebles ó raices publicándose unos y otros por el órden y términos que señala la citada *ley* 19, y despues de estas diligencias tiene lugar la citacion del reo, y empiezan á correr los tres dias para oponer las excepciones legítimas, y los diez para probarlas, no es fácil dar entrada en ellos á las reconvenciones, que son unas nuevas demandas contra el actor executante á quien deberian comunicarse con tiempo competente para que alegase y probase contra ellas lo que entendiese que cumplia á su natural defensa.

50 Desconfiando los que siguen la enunciada opinion de poder sostenerla en su primera parte relativa

á que las reconvenciones tengan lugar, y procedan en las instancias executivas, declinan á la segunda parte subsidiaria de que á lo ménos producirá la reconvencion propuesta en los juicios executivos el efecto secundario de prorogar la jurisdiccion del Juez, que conoce de ellos, para que lo haga igualmente de la reconvencion contra el actor desviándole de su fuero, y sujetándole al del reo en donde se trate separadamente de la reconvencion en via ordinaria acabado que sea el juicio executivo.

51 Esta opinion procede sobre diferentes supuestos, que forman otras tantas condiciones preliminares, que no pueden existir ni dar entrada al seguimiento de la reconvencion en los términos que se figura.

52 Suponen lo primero los que opinan de este modo que la reconvencion intentada en el juicio executivo, aunque en sí sea ordinaria, debe tomar la naturaleza de executiva, y seguir el curso de este juicio sujetándose á los trámites breves establecidos por las leyes: porque formando la execucion y la reconvencion un solo juicio seria monstruoso que se formase de dos extremos tan distantes; y seria por otra parte perjudicial al actor executante, si hubiese de perder el privilegio y actividad de su accion difiriendo el pago al término de su reconvencion ordinaria, que por sí es mas largo, y podrá ser incomparablemente mas con las apelaciones y recursos que admite.

53 Suponen dichos autores lo segundo que no ha de poder probarse con la claridad y solidez necesaria en el término de los diez dias la indicada reconvencion, y que por este defecto se ha de ir por la execucion adelante, y hacer el trance y remate en los bienes del deudor pagando con su producto al acreedor; y acabado en todo el juicio executivo suponen tambien que ha de correr despues separadamente y por sí sola la reconvencion en los términos de la via ordinaria, conociendo de ella el Juez, que entendió en la execucion por efecto de la prorogacion de la ley.

54 Este es el plan de la opinion referida, que presenta

ta á primera vista bastantes dificultades; pues resultando de los fundamentos indicados en la primera parte de su sentencia que el juicio executivo no admite reconvencion, ni las leyes señalan término en que se pueda proponer, ni el curso que deba llevar sin embargo de haber estado tan solícitas en prevenir hasta lo mas mínimo de estos juicios, que son los mas escrupulosos y exâctos, faltan todos los presupuestos y condiciones para que pueda continuar la demanda de reconvencion acabado el juicio executivo, y ménos podria mudar y perder la naturaleza de executiva que habria recibido la reconvencion, y formar despues la ordinaria para continuarla.

55 El único fundamento con que pretenden sostener su opinion los referidos autores consiste en que entienden que concurre la razon de Papiniano para esta prorogacion; pero en esto padecen el error de que ya quedan convencidos por lo expuesto anteriormente, y se reduce á que el reconocimiento que hace el actor del Juez del reo, de su integridad y justificacion sin rezelos ni sospechas algunas en la administracion de justicia es solamente una causa remota y parcial, que excita el privilegio exôrbitante de sujetar al actor al fuero del reo despojándole del suyo; pues que las causas próxîmas y principales de este privilegio son dos que tambien estan indicadas, y consisten en que luego que el actor ponia su demanda al reo en su fuero, éste á quien se supone corresponder accion competente contra aquel usaba de ella en el fuero del mismo actor, quien venia á ser en esta causa reo; por cuyo medio formaban dos pleytos compitiendo las partes en los esfuerzos de hacerlos interminables, porque cada una deseaba se concluyese primero aquel en que era actor, y del qual esperaba sacar interes. Este gran daño que trascendia á lo general del Estado se miró á precaver reuniendo las dos acciones en un juicio y en un Juez, y dexándolas correr á igual paso para que acabase en un mismo punto con una sola sentencia; pero ni esta igualdad ni los inconvenientes referi-

dos, que son las dos causas primitivas de prorogar la jurisdiccion del reo contra el actor, pueden tener lugar en la reconvencion producida en el juicio executivo, porque los términos de su curso señalados en las leyes son brevísimos; y aunque el reo en conformidad de la regla general pusiese su nueva demanda contra el actor executante en el fuero de éste, no podia dilatarlos, ni pretender embarazar su determinacion, que siempre habia de ser muy anticipada á la que esperase en la demanda ordinaria, faltando por otra parte la circunstancia deseada de que estos dos juicios executivo y ordinario se acabasen con una misma sentencia, que son los dos puntos en que se apoya el privilegio de la reconvencion, sin que pueda ni deba extenderse al caso que ahora se propone de continuar la reconvencion en juicio separado acabado el executivo.

56 Por última observacion en las reconvenciones que ante los Jueces seglares ponen los legos contra los clérigos, quando éstos son actores, se debe advertir que la cosa que se pide por reconvencion ha de ser profana; pues aunque la ley por el beneficio público general que se ha indicado proroga para este fin la jurisdiccion del Juez seglar para conocer de las causas profanas de los clérigos removiendo la incompetencia, que por su inmunidad y fuero personal les asiste, no han podido los Príncipes dar jurisdiccion á sus Magistrados, y ménos prorogarla para que conozcan de las cosas espirituales, sagradas ó eclesiásticas, que se pusiéron por ley mas alta fuera de los límites y jurisdiccion de los Reyes haciéndolas privativas de la Iglesia y de sus Ministros.

CAPÍTULO VII.

De la conclusion de la causa para prueba ó difinitiva.

1 Nunca pierden las leyes de vista el interesante punto de abreviar la decision de los pleytos, pero rara vez se conforman las partes con este loable deseo: porque interesándose en la retencion de lo que poseen y gozan, resisten por todos los medios posibles llegar á la decision final, aun quando conciben su buena causa y derecho, y con mayor razon si desconfian de su vencimiento. Los procuradores y abogados suelen tambien ayudar á los litigantes en estas dilaciones repitiendo alegaciones oficiosas, y llenándolas de discursos legales: porque en uno y en otro hallan su propio interes, y acaso mayor que el que espera lograr el principal litigante.

2 Las mismas leyes que conocian por experiencia los graves daños, que por los medios indicados sufria el público, quisiéron precaverlos disponiendo que no se presentasen mas de dos escritos hasta la conclusion del pleyto: y que si mas fuesen presentados no se recibiesen, y que si de hecho se recibiesen se tuviesen por ningunos: y que si alguna probanza se hiciese sobre ello no hiciese fe ni prueba: que en los enunciados dos escritos solamente se pueda poner el hecho de que nace el derecho simplemente en encerradas razones: que con los dos escritos presentados por cada parte de las que litigan, sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibir á prueba como para difinitiva: *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2.: la 2. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*: y la 9. *tit.* 6.

3 Quando son dos ó mas los litigantes que promueven la misma accion y derecho sin diferencia ni en la causa de que nacen, ni en las excepciones y defensas que pueden tener, manda el Juez de oficio ó á instancia de

de alguna de las partes que se conformen en un solo procurador, que á nombre de todos siga la instancia: porque se consideran legalmente por una sola parte, y debe llenar con solos dos escritos la disposicion de la ley en la brevedad y conclusion sin dar lugar al fraude y oficiosas alegaciones, que necesariamente se repetirian sin novedad esencial en los hechos, si cada uno de los litigantes que representan una misma accion y derecho, ó convienen en las defensas, pudiese hacer y presentar dos escritos.

4 Del último escrito que presenta el demandado, y completa los quatro, se comunica traslado al actor, no para que replique ni presente otro escrito, pues no lo permiten las leyes, y deberia repelerle el Juez de oficio, y solo sí para que se instruya de las exposiciones que hace el demandado, y concluya; y si no lo hiciere así debe el Juez declarar y tener el pleyto por concluso en cumplimiento de las leyes citadas.

5 Don Luis de Paz en su *Pract. tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 7. *n.* 45. no admite el traslado del último de los dos escritos, que puede presentar el reo demandado, ni aun con la limitacion explicada de que sea solo para que el actor se instruya de las producciones ó alegaciones que contenga, y concluya en su vista; pues entiende que con la presentacion del enunciado último escrito queda el pleyto concluso sin necesidad de otro acto de conclusion ni declaracion judicial por tener la de la ley, que manda al Juez recibir la causa á prueba.

6 Supone lo primero este autor que por derecho comun era mas libre el arbitrio ó el capricho de producir escritos ó alegaciones en las causas, de que resultaban perjudiciales dilaciones y gastos con daño de los litigantes y del público. Supone el mismo Paz lo segundo que para contenerlos corrigió nuestro derecho pátrio este licencioso abuso reduciendo los escritos de cada litigante á solos dos, y acerca de su progreso se explica en los términos siguientes: *Et deinceps nullus alius libellus, nec petitio erit admittenda, sed statim causa habetur pro conclusa ad proba-*

bationes recipiendas , sine aliquo actu conclusionis ; etiamsi per partes non concludatur : ac ideo Judex statim profert sententiam interlocutoriam, per quam partes ad probationem recipit.

7 El autor *de la Curia Philípica en su primera parte del Juicio civil §. 15 y 16. n. 10.* conviene con la produccion de los dos escritos por cada parte de las que litigan, "con lo qual (dice) es habido el pleyto por concluso, »sin otro acto de conclusion , como lo dice una ley de la »Recopilacion. De suerte que con cada dos escritos de »las partes es habido el pleyto por concluso , así para la »interlocutoria, ó recibir á prueba, como para definitiva, »aunque las partes no concluyan, segun otras dos leyes »de la Recopilacion."

8 Combinados los términos en que se explica la Curia con los principios de Paz , se observa la diferencia de que este último solo da efectos de conclusion á los dos escritos para recibir á prueba el pleyto pero no para la sentencia difinitiva ; y convienen en que con los dos escritos de cada parte se tiene el pleyto por concluso sin necesidad de que alguna concluya.

9 Don Alonso Acevedo que por su instituto de explicar las leyes de la Recopilacion debia poner mas en claro las dificultades que producen sus disposiciones , las omite , ó las dexa en suma confusion , como sucede en la presente reducida á sí con la presentacion de los dos escritos se ha de tener por concluso el pleyto , ó se ha de comunicar traslado del último para que el actor se instruya y concluya , como se nota en la *glos. Concluso el pleyto* sobre la *ley 10. tit. 17. lib. 4. Recop. desde el n. 32. al 38* : y en la *ley 1. tit. 6. de dicho lib. glos. 1* : y en la *9. de los mis. tit. y lib.*

10 Las leyes en que fundan su opinion el Paz y el autor de la Curia Philípica dan justo motivo para inclinarse á su sentir ; pero exâminadas con sólida reflexîon sin perder de vista los fines, que motiváron su establecimiento, persuaden y convencen la equidad y justicia con

que

que se ha introducido y observa en todos los tribunales Reales, especialmente en los Consejos, Chancillerías y Audiencias, la práctica de comunicar traslado del último de los dos escritos presentados por el reo para que el actor se instruya y concluya; y solo en el caso de no hacerlo declara el Juez por concluso el pleyto para los efectos que haya lugar; esto es, para prueba si la causa la necesita, ó para difinitiva quando no es necesaria.

11 La *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* pone á la vista en su ingreso los daños que padecia el público, y las causas de que procedian reducidas "á que los Abo»gados y Procuradores por malicia, y por alongar los »pleytos, y llevar mayores salarios de las partes, hacen »muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo, »salvo replicar por menudo dos, ó tres, y quatro, y aun »seis veces, lo que han dicho, y está ya puesto en el »proceso."

12 Este abuso que consistia principalmente en los dos puntos de repetir muchos escritos, y de que estos fuesen largos, se corrigió en esta ley; cuyo único objeto fué remediar tales perjuicios, y así mandó lo primero que cada una de las partes pusiera simplemente el hecho en encerradas razones sin alegar leyes, decretos, decretales, partidas y fueros, con lo qual necesariamente habian de ser los escritos cortos, y quedaba remediado el daño de ser largos, que ántes padecian las partes y la causa pública.

13 Mandó asimismo esta ley hácia el fin "que no »sean rescebidos mas de dos escritos hasta la conclusion; »y que si mas fueren presentados, que no sean rescebidos, »y si de hecho se rescibieren, sean ningunos, y si alguna »probanza se hiciere sobre ellos, que no haga fe, ni prue»ba." En esta segunda parte quedó remediado el abuso de que presentasen muchos escritos replicando por menudo dos ó tres ó quatro y aun seis veces, como lo hacian ántes; pero no se extiende la ley á disponer ni mandar que con los dos escritos sea habido el pleyto por concluso,

so; pues como entónces aun no se habia notado el abuso, ni podia experimentarse hasta que con la observancia de la presentacion de solos dos escritos se viese si las partes en uso del traslado, que se les comunicaba del último, dilataban maliciosamente la conclusion, no correspondia que la ley anticipase la providencia de que con los dos escritos de cada parte quedase *ipso jure* concluso el pleyto.

14 La presentacion de estos dos escritos está limitada, y debe hacerse en tiempo ántes de la conclusion que se pone en la misma ley por término divisorio, y es una parte posterior á los mismos escritos y á su presentacion; pues dice que no sean recibidos mas de dos escritos *hasta la conclusion*; y segun el Diccionario de la lengua castellana impreso en Madrid año de 1780. la voz *hasta* es preposicion que se usa para explicar el término adonde puede llegar una cosa; y así se dice hasta las nubes.

15 Este término de la conclusion no está determinado en la citada ley quien le haya de poner; y es consiguiente dexar esta facultad á los litigantes, como la tenian ántes de esta disposicion limitada á los dos puntos que se han referido.

16 La misma conclusion es parte del proceso, y toca tambien por esta razon á las que litigan sin que el Juez pueda interponer sus oficios en suplir los de las partes, quando alguna de ellas no insta por el progreso y continuacion de la causa, porque está en su mano dexarla ó suspenderla en qualquiera estado siempre que procedan de conformidad, y se presume estarlo quando ninguna insta por su continuacion. Así se ve en repetidos procesos que estan pendientes muchos años en un estado, el qual se hace saber de nuevo á las partes quando alguna insta por su progreso sin que hasta tanto interponga el Juez sus oficios para que los interesados la continuen: porque seria en cierta manera avivar los pleytos contra la intencion de las partes, que pueden tener va-

rias causas para terminarlos en qualquier estado, ó tomarse tiempo con alguna suspension para atender á otros objetos mas importantes continuándolos despues con mayor comodidad.

17 La enunciada conclusion, que quieren inducir los autores citados del hecho solo de presentar cada parte dos escritos, puede tener dos efectos segun la naturaleza y calidad de la causa: uno para recibirla á prueba, quando consista en hechos que la necesiten: otro para determinarla difinitivamente, ya porque esten conformes las partes en los hechos, ó ya porque resulten notoriamente calificados sin esperanza de poderse debilitar con las excepciones en contrario opuestas, quando estima el Juez que aun probadas de nada aprovecharian: *ley* 31. *tit.* 16. *lib.* 2. *ley* 4. *tit.* 6. *lib.* 4: *ley* 4. *tit.* 7. *lib.* 4. *de la Recop.*

18 Con este discernimiento procede la *ley* 9. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*; pues suponiendo concluso el pleyto con los dos escritos de cada parte, aunque estas no concluyan, dice lo siguiente: "Así para sentencia interlocutoria, ó recibir á prueba, ó para difinitiva:" y en esto manifiesta que hay causas que pueden y deben determinarse sin ser recibidas á prueba.

19 De estos antecedentes resulta lo primero que el Paz y los demas autores, que limitan los efectos de la enunciada conclusion á que el Juez pueda recibir la causa á prueba, proceden contra las mismas disposiciones de las leyes que tratan de este artículo: lo segundo que procediéndose con sola esta conclusion en que no intervienen las partes á la sentencia difinitiva, no se guarda aquella igualdad, que es tan propia y conveniente en los juicios: porque el reo ha visto los dos escritos presentados por el actor, y este no ha reconocido el último que presenta el reo; y con esta confianza podrá reservar exponer en él lo mas substancial de su defensa sin que el actor pueda preparar oportunamente su satisfaccion.

Las

20 Las leyes permiten que las partes, quando el pleyto se halla en estado de sentenciarse difinitivamente, informen al Juez de su derecho por palabra ó por escrito alegando leyes, decretos, decretales, partidas y fueros: *ley 4. tit. 16. lib. 2. de la Recop.* Y no habiendo visto el actor el último escrito presentado por el reo, no podrá formar sus alegaciones, ni fundar su justicia con la instruccion y conocimiento debido.

21 Supuesta la conclusion en la causa provee el Juez un auto del tenor siguiente: "Por conclusa, y autos »citadas las partes:" en su conseqüencia si quieren informarle de su derecho deben ser oidas, y han de ser reconocidos los autos por el mismo Juez, como lo disponen las leyes en los inferiores: *ley 17. tit. 17. lib. 2. de la Recop. ibi*: "Mandamos que los dichos Jueces no tengan »Relatores, sino que vean por sí los procesos:" *ley 6. tit. 9. lib. 4. de la Recop. ibi*: "Mandamos que los Jueces, »para sentenciar los pleytos, vean los procesos por sus »personas, y no por relacion de los Escrivanos; y que »quando ellos lo ovieren de hacer, sea en presencia de »las partes." Despues de esto proceden dichos Jueces á dar su sentencia, ya sea recibiendo los autos á prueba, ó determinándolos difinitivamente segun la distincion que queda advertida; y se hallan en el caso de que la conclusion, que quieren inducir de la presentacion de los dos escritos por cada parte, sea individua, tanto para el efecto de prueba como para la difinitiva.

22 La *ley 2. tit. 5. lib. 4. de la Recop.* trata del mismo artículo de la conclusion con los dos escritos de cada parte, y al parecer estrecha mas la decision de que se tenga por concluso el pleyto sin otro auto de conclusion: "Y dende en adelante no resciban otras peticiones; »y con esto sea avido el pleyto por concluso, sin otro »auto de conclusion." Al mismo intento y con mayor claridad se explica la *ley 9. tit. 6. lib. 4. de la Recop.* pues dice lo siguiente: "Mandamos que por evitar dila»cion en los pleytos, que con cada dos escritos, que las

»partes presentaren, sea avido el pleyto por concluso, »aunque las partes no concluyan, así para sentencia inter»locutoria, ó rescibir á prueba, ó para difinitiva."

23 En estas leyes no se halla contrariedad alguna entre las dos proposiciones, que dexo sentadas como regla fundamental de este artículo: la primera que del último de los dos escritos que presenta el reo se da traslado al actor: la segunda que el fin de este traslado es limitado á que se instruya de lo expuesto en el citado escrito, y concluya en su vista, ya sea para prueba ó ya para difinitiva segun la naturaleza y calidad de la causa en los términos insinuados; pues ni prohiben literalmente dicho traslado, ni que la parte del actor concluya.

24 Lo único que disponen es que no sea necesaria la conclusion de las partes, y que sin ella se tenga el pleyto por concluso; pero esto debe entenderse quando las partes no concluyen dentro del término ordinario de los seis dias, pues se les comunica traslado para dicho fin: porque no debe estar en arbitrio de los litigantes dilatar el curso de la causa especialmente quando alguno de ellos lo solicita.

25 Con esta inteligencia se uniforman las dos enunciadas leyes con la 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.*, que es la primitiva y capital que trató de abreviar los pleytos cortando maliciosas dilaciones por el medio de reducir los escritos de cada litigante á dos poniéndolos en la necesidad, si quieren continuarlos, de concluir en el perentorio término de los seis dias desde el último traslado; y por su defecto y morosidad que se tengan por concluso para las sentencias interlocutorias ó difinitivas que correspondan. Esto es lo que observan los tribunales de la corte, y no he visto declarar ó tener por concluso el pleyto sin que alguna de las partes concluya ó incurra en contumacia.

26 No se lograria la deseada utilidad con la observancia de los términos señalados para concluir brevemente

te las causas, si no los tuviesen igualmente prescriptos en todo el progreso anterior á la conclusion. El término de seis dias se concede á cada parte para responder en uso del traslado al escrito de la contraria: *ley 2. tit. 5. lib. 4. de la Recop.*; y aunque toman dentro de este término los autos, rara vez los vuelven con su respuesta sino que la dilatan hasta que la parte, á quien interesa la brevedad, solicita se apremie á la contraria; y así se manda inmediatamente en execucion de la ley, porque es perentorio el término de los seis dias, y pasados deben cumplir con ella volviendo los autos con la respuesta que diere; y si no la han podido extender y presentar, solicitan nuevo término para hacerlo motivando alguna justa causa que se lo haya impedido, ya sea por no haber hallado abogado que los defienda, ya por sus graves ocupaciones, que es la comun, ó por otras, en cuya consideracion concede el Juez nuevo término para que cumpla con la presentacion del escrito: *ley 28. tit. 16. lib. 2. de la Recop.* Aunque los Jueces presuman alguna malicia en las partes y en sus procuradores, acceden siempre á estas pretensiones por no dar lugar á que apelen de la denegacion del término pedido, y á que causen mayores dilaciones; pues no pudiendo precaverse todos los fraudes y malicias es preciso tolerar el menor, que consiste en conceder un nuevo término competente y ajustado á la entidad y calidad de la causa, atendiendo igualmente á que en la denegacion del nuevo término que se pide, se interesa la defensa natural, y en qualquiera duda se debe atender á ella aunque sea á costa de sufrir alguna pequeña dilacion en el progreso de la causa.

27 El término de seis dias señalados por la ley para responder á los escritos de la parte contraria interpela por momentos al que debe hacerlo, y se dirige á remover la morosidad y malicia de dilatar el curso de la causa; y parece que no se logran estos fines si el Juez ha de conceder nuevos términos, las mas veces mayores que el primitivo de los seis dias, sin exámen ni conocimien-

miento de la causa que motiva el procurador, viniendo á quedar en su arbitrio proponerla con necesidad ó con malicia.

28 Por otra parte si hubiera de justificarse la causa que se motiva para excusar la morosidad ó malicia en no haber respondido en el término de la ley, se añadirian gastos á las partes; y ocupándose el tiempo necesario en esta diligencia con suspension de la causa principal, resultaria que concediéndose el nuevo término, justificada la causa ó impedimento alegado, se acumulaban dos dilaciones; y aun quando se negase la segunda, porque fuese aparente ó falsa la causa indicada, no podia excusarse la primera del tiempo necesario para la prueba, su conocimiento y decision; y no siendo esta favorable á la parte que solicitaba el nuevo término, se daria por agraviada, y recurriria en apelacion ó queja al tribunal superior.

29 Estas prudentes consideraciones inclinan á exponerse al menor daño por huir del mayor, y obligan á estar por la fe del procurador, que nunca se presenta tan desnuda que no se acompañe en el concepto del Juez de la causa de aquellas conjeturas de verosimilitud que ofrece la magnitud del proceso, la entidad y gravedad de lo que se litiga, y otras circunstancias para decidir á favor de un término competente en materia de tan poco momento.

30 Sin embargo de esto confiando el Consejo con mas justa razon de la integridad de los letrados, y persuadido de que no solicitarian dilaciones ó nuevos términos para el despacho de los negocios de que estan encargados sin la debida seguridad en las causas que se motivan, ya sean por sus muchas ocupaciones en otras mas antiguas ó de preferencia, ó por faltarles la competente instruccion de hechos, que deben remitir los interesados, quienes lo executan á veces á solicitud de los abogados, quando conocen la necesidad de producirlos y justificarlos á su tiempo, ha mandado por regla general que

que no se admitan pedimentos de término para el despacho de los pleytos sin que los firme el abogado, en cuyo estudio se hallen, conciliando por este medio el adherir con la competente justificacion á la natural defensa de las partes, y el precaver el abuso de dilatarlos.

31 La enunciada providencia del Consejo no se halló en las escribanías de gobierno ni en las de justicia ni en el archivo; pues la hice buscar en estas oficinas con el fin de señalar el tiempo de su expedicion, y las causas que la motiváron; pero todos los que sirven estos oficios contestáron su certeza y observancia, y yo lo veo practicar así constantemente.

32 Á veces no quiere alguna de las partes tomar los autos para usar del traslado en el término de los seis dias señalados para responder al escrito contrario, y entónces pasado el término cae en rebeldía, y acusada por el litigante que interesa en la brevedad, se estima y declara la causa por conclusa para los efectos que correspondan á su estado, como si efectivamente hubiera respondido y concluido: así lo disponen y repiten las leyes Reales con el importante fin ya indicado de que se abrevien los pleytos. La *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* se explica en los términos siguientes: "Ordenamos, y »mandamos que en los nuestros Consejos, y Audien»cias, para concluir los pleytos en qualquier estado, »no se espere la tercera rebeldía; sino que todo lo que »en los procesos se hacia, y concluia fasta aquí con »tres rebeldías, ansi para sentencia difinitiva, como pa»ra autos interlocutorios, se concluya con sola una re»beldía."

33 El *aut.* 2. *tit.* 24. *lib.* 2. dice que "para concluir »en el Consejo los negocios en qualquier estado, no se »espere la tercera rebeldía, sino que todo lo que en los »procesos se hacia, y concluia con tres rebeldías, se ha»ga con una sola, pasado el dia, ó término, que se die»re para responder." Al mismo intento y casi con entera uniformidad dirigen sus disposiciones la *ley* 47. *tit.* 4. *lib.*

lib. 3: la 2. *tit.* 3: y la 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

34 Este remedio de acusar las rebeldías ha sido admitido en todos tiempos y en qualquiera estado del proceso para estimular la actividad de los litigantes, y corregir su morosidad y malicia. Convienen tambien las leyes antiguas y modernas en que no pueda ni deba acusarse la rebeldía hasta pasado el término señalado para los actos, que deben hacer los litigantes en el proceso empezando desde los emplazamientos hasta la conclusion de la causa para la difinitiva.

35 Á primera vista se presenta un reparo en la contraposicion de estos principios; pues en uno se establece que el dia y término que señalan las leyes ó las partes por convencion interpela por el hombre, y constituye en mora al que no cumple dentro de él lo que debe calificándole de inobediente y rebelde; y disponiéndose por otro principio fundamental de las citadas leyes la necesidad de acusar la rebeldía pasado el término, que ellas señalan, parece ociosa esta diligencia.

36 Los mas de los autores siguiendo el derecho de los Romanos reconocen y confiesan el principio de que el dia puesto para pagar ó entregar la cosa que se ha prometido, y á que alguno se obligó, insta por su efectivo cumplimiento, y constituye en morosidad al deudor luego que pasa el dia señalado, como si el mismo acreedor hubiese hecho su instancia ó interpelacion personal, siendo estos dos puntos equivalentes para el efecto de inducir mora en el deudor, y por ella su responsabilidad á los intereses y al daño que padece el acreedor ó señor de la cosa por la falta de cumplimiento en el obligado: Castillo *Controvers. lib.* 9. *cap.* 1. *n.* 62. *Deinde et secundo ex sententia communi Doctorum moram committi non solum per interpellationem expressam hominis, sed etiam per tacitam interpellationem extrajudicialem, quæ fit per diei appositionem: quoniam tunc dicimus diem pro homine interpellare*: Menochius *de Arbit. lib.* 2. *cent.* 3. *cas.* 220. *n.* 16. *Expressa itaque extrajudicialis interpellatio debitorem in mo-*

ra

ra constituit. Hoc idem operatur illa tacita interpellatio extrajudicialis, quæ fit per diei appositionem: quoniam tunc dicimus diem pro homine interpellare.

37 La *ley* 18. *tit.* 11. *Part.* 5. decide literalmente este punto; pues distribuyendo su disposicion en tres casos resuelve en el primero que "prometiendo un ome »á otro, de dar, ó de facer á dia cierto, si la cosa se »muriese en ante del dia, de su muerte natural, sin cul»pa del que face la promision, non es tenudo de la pe»char, nin de dar ninguna cosa por razon della, mas si »muriese despues del dia que deviera ser dada, (*que es »el segundo caso de la ley*) entónce seria tenudo, del pe»char la estimacion de la cosa. E si quando la cosa se»ñalada prometiese alguno á dar, non dixese ciertamen»te, en qual dia gela daria, si despues deso gela pidiese »el otro á quien fué prometida, pidiéndogela, é non ge»la quisiese dar, pudiéndolo facer, decimos, que si mu»riere la cosa despues, de su muerte natural, que es te»nudo de la pechar. Pero si se muriese en ante que el »otro gela demandase, entónce no seria tenudo el que »la prometió, de darle ninguna cosa por ella;" y este es el tercer caso.

38 En la enunciada ley se hallan comparados con igual fuerza y efecto el dia cierto y la interpelacion personal; y al mismo intento en calidad de regla general conduce la *ley* 8. *tit.* 14. *Part.* 5., pues se explica en los términos siguientes: "Plazos, é dias ciertos ponen los »omes entre sí, á que prometen de dar, ó de facer al»gunas cosas, unos á otros. E por ende decimos, que ca»da uno es tenudo de dar, ó de facer, lo quel prometió, »al plazo quel fué puesto para ello. E non se puede es»cusar que lo non faga, maguer el otro non gelo de»mande."

39 Aunque me propuse por fin principal de estas *Instituciones* aplicar oportunamente la leyes del reyno al estado de las causas considerando este medio por el mas sencillo y ménos molesto de estudiarlas y rete-

nerlas sin aquella fatiga y constancia, que es necesaria para emprender y repetir la lectura general de ellas; y aunque llevo siempre á la vista no cargar la memoria, ni gastar el tiempo en referir leyes de los Romanos, ni excitar sobre ellas largas discusiones, usaré alguna vez de su autoridad si concibo que su razon es poderosa para comprobar y demostrar con mayor claridad lo dispuesto en las leyes del Reyno, ó añadir lo que falte en ellas.

40 Por estos respectos me ha parecido hacer aquí memoria de la *ley* 4. *ff. de Leg. Commis.* En su principio pone la fórmula *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret*: y al §. 4. continua en estos términos: *Marcellus lib. XX. dubitat, commissoria utrum tunc locum habeat, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit: et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriæ potestate solvere.* No puede darse una disposicion tan terminante para probar que el dia cierto, que se ponga para resolver ó rescindir un contrato, excusa la interpelacion, y obra todos sus efectos, como si se hubiera hecho por la parte interesada.

41 Si se comparan estas leyes con las de la Recopilacion que sirven de fundamento á la proposicion y regla establecida en este capitulo, se hallará que es superior la autoridad de las leyes de la Recopilacion, pues obligan á juzgar por ellas en primer lugar: *pracmática de* 14 *de Marzo de* 1567: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*; y si se atiende á su razon, es mas equitativa y llena de humanidad, pues no estrecha ni aflige al que ha de responder en el término señalado á que caiga en rebeldía desde el punto en que se acaba el término, y exìge que la parte que interesa en la brevedad use de los remedios que la conceden las mismas leyes de instar y acusar la rebeldía; y si fuese negligente y los depreciase no debe gozar de ellos. Además hay un quasi contrato en todos los juicios, y tiene en ellos grande influxo la voluntad de los litigantes; y estando de acuerdo en

que

que se acaben por su convencion, ó en que duerman por su tolerancia, pareceria oficioso en el Juez darle curso con su providencia.

42 Supuesta la necesidad de acusar la rebeldía, y la regla de que debe hacerse pasado el término señalado, entra otra igualmente autorizada por las mismas leyes que se han citado, y es que con sola una rebeldia se concluya, así para prueba ó autos interlocutorios como para difinitiva; y esta es la única novedad que introduxéron las citadas leyes recopiladas á beneficio de la causa pública y de las partes que litigan.

43 El fundamento de la diferencia que hay entre acusar una sola rebeldia y ser ántes necesarias tres consiste en la calidad de los términos que se conceden, así para contestar como para responder á los escritos; pues concibiéndose ántes con la division de tres términos con sus respectivos intervalos, era conseqüencia necesaria que pasado cada uno de estos términos se acusase la rebeldia llegando á ser tres para constituir á la parte en contumacia, y que supliese el Juez con su providencia la conclusion y curso de la causa; pero habiendo establecido por regla preliminar las enunciadas leyes que el término que se conceda sea uno solo perentorio, como se observa y repite literalmente en sus disposiciones, fué efecto necesario que con sola una rebeldía pasado todo el término, que es solo quando puede acusarse, se haga la mismo que se hacia ántes con las tres.

44 La *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2: y el *auto acordado* 2. *titul.* 24. *del mism. lib.* dan ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es privativa de los negocios, que penden en el Consejo y en las Audiencias, ó si es comun á los demas tribunales del reyno: porque su literal disposicion es reducida á los Consejos y Audiencias, y si hubieran querido extenderla por regla general á otros tribunales alterando el estilo y práctica que hasta entónces se observaba en ellos, parece lo hubie-

ran explicado así, como lo hacen otras leyes, señaladamente la 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*; pues señalando en ella el término de cinco dias para apelar desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió la parte el agravio, y llegó á su noticia, y que si así no lo hiciere, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: "Que »esto se guarde de aquí adelante, ansi en la nuestra »Casa, y Corte, y Chancillería, como en todas las »Ciudades, y Villas, y Lugares, y Provincias de nues»tros Reynos."

45 Sin embargo de que la letra de la enunciada *ley* 51. *y del auto acordado citado* sea limitada á los Consejos y Audiencias, su razon y espíritu es general á beneficio de la causa pública, y debe comprehender á todos los tribunales del reyno; ademas de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada, ántes bien disponen en términos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya, y tengan el mismo efecto que hacian las tres anteriormente: *ley* 2. *tit.* 3. *lib.* 4: *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

46 Las *ley.* 13. *y* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. hacen un argumento poderoso á favor de la resolucion antecedente, pues la primera se dirige á prohibir las dehesas en los heredamientos y cortijos del reyno de Granada mandando á los dueños de ellos que no defiendan la yerba y otros frutos, que naturalmente lleva la tierra, sino que quede libremente para que todos los vecinos de las dichas ciudades, villas, lugares y sus términos, los puedan comer con sus ganados, bestias y bueyes de labor no estando plantado ó empanado; y contiene ademas esta ley otra restriccion respecto á los cortijos, heredamientos y tierras que se poseian y gozaban por merced de los señores Reyes católicos, y las que en adelante hicieren; y sin embargo de que esta Real resolucion no se concibe en términos de ley general, ni habla de otros heredamientos ni pueblos que de los del reyno de Granada, y aun en estos se reduce á los que hubiesen salido, ó salie-

liesen por merced de los mismos Reyes católicos, se ha entendido y observado con influxo y efecto de ley general para todos los pueblos del reyno.

47 Por la citada *ley* 14. se revocó y anuló la ordenanza que habia hecho la ciudad de Avila dando facultad á los dueños de acotar los heredamientos, que se hubiesen reunido en uno solo baxo las calidades que indica la misma ordenanza; y en su conseqüencia se prohibió usar de ella concediendo licencia y facultad á los vecinos de la dicha ciudad, su tierra y demas pueblos para que pudiesen pacer y rozar en los dichos términos, que así por virtud de la dicha ordenanza estaban dehesados, como lo hacian quando los heredamientos eran de diversos dueños, y ántes que la dicha ordenanza fuese hecha.

48 Esta resolucion, que fué igualmente limitada á los heredamientos de la ciudad de Avila y su tierra y á favor de la vecindad de ella, ha sido tambien entendida y guardada como ley en lo general del reyno, no solo por un efecto de extension sino por virtud de la comprehension en que estan los casos semejantes baxo las resoluciones Reales, aunque determinadamente no hayan hablado de ellos.

49 Esto procede seguramente por dos razones: la primera quando es general la de la ley, aunque se establezca con motivo de casos particulares ó con respecto á señalados pueblos y territorios: la segunda consiste en la excelencia de la dignidad del Príncipe, y en la justificacion con que salen sus decretos y decisiones, aunque las haya dado en negocios particulares, llegando á tanto que la sentencia ó determinacion de una causa hace ley para otras de iguales circunstancias limitándose por estos altos respetos la regla de que no se debe juzgar por exemplares ni fazañas: *ley* 14. *tit.* 22. *Part.* 3. "Otrosí »decimos, que non deve valer ningun juicio que fuese »dado por fazañas de otro; fueras ende, si tomasen »aquella fazaña, de juicio que el Rey oviese dado. Ca »estónce bien puede judgar por ella: porque la del Rey »ha

»ha fuerza, é deve valer como ley, en aquel pleyto so-»bre que es dado, é en los otros que fueren semejantes:" Vinnius §. 6. *Institut. de jur. natural. vers. Quodcumque ergo Imperator*: Oter. *de Jur. pascend. cap.* 16. *n.* 7. *y* 8: Covarrub. *Practicar. cap.* 37. *n.* 3. *vers. Quidquid sit*: Lagun. *de Fructib. part.* 1. *cap.* 7. *n.* 77. *al* 84: Acev. en la *rubr. tit.* 4. *lib.* 3; y en la *ley* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop. n.* 6.

50 Por todo se demuestra que aunque la enunciada *ley* 51. *tit.* 4. *lib.* 2. y el *auto* 2. *tit.* 24. *del mismo libro* hablan de concluirse los pleytos en los Consejos y Audiencias con sola una rebeldía en lugar de las tres con que se hacia ántes, son generales estas leyes en su efecto á todos los tribunales del reyno.

51 Aunque la primera conclusion en la causa la ponga algunas veces en estado de poder dar sentencia diñnitiva, lo qual sucederia si estuviese probada la verdad por confesion de la parte, ó la duda consistiese solamente en la decision de las leyes, es muy raro este caso, y muy comun la necesidad de recibirla á prueba, que es el auto interlocutorio que pone la ley en primer lugar como efecto mas comun de la conclusion, del qual trataré guardando el mismo órden en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO VIII.

De la prueba en primera instancia.

1 Síguese á la conclusion el auto de prueba, cuya execucion debe limitarse á los hechos del proceso conducentes á descubrir la verdad, porque son la materia capaz de probarse y el depósito del derecho, en donde le debe buscar el Juez para su acierto: *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* "Do tan solamente se puede poner simple-»mente el hecho, de que nasce el derecho:::::: mas »cada una simplemente ponga el hecho en encerradas ra-»zones:" *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.* "Seyendo ha-»llada, y probada la verdad del fecho por el proceso."

Dí-

Dícese tambien que han de ser conducentes, porque lo que no sirve para descubrir la verdad de lo que se demanda, y asegurar su justa decision, es ilusorio, y no lo permite la seriedad y circunspeccion de los juicios: *ley* 7. *tit.* 14. *Part.* 3. "Otrosí decimos, que aquella prueva deve ser tan solamente rescebida en juicio, que pertenesce al pleyto principal sobre que es fecha la demanda. Ca non deve consentir el Juzgador, que las partes despiendan su tiempo en vano, en provando cosas de que non se puedan despues aprovechar, maguer las provasen:" *ley* 4 *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* Esta última proposicion aunque clara en la ley tiene grandes dificultades en la práctica, porque en la duda de si conduce ó no al pleyto principal, no puede el Juez repeler el artículo ó pregunta, y solo podrá hacerlo presentándose con notoriedad la inconducencia de la prueba, ya sea para aprovechar á la parte que la solicita, ó para dañar á la contraria; y como para calificar el caso de notorio, es necesario un prolixo y exâcto exámen de la causa y hechos del proceso, y una declaracion que lo califique, no es fácil tomarlo en el estado de prueba, ni seria conveniente á la brevedad que se desea ni al interes de las partes; pues consumirian mas tiempo y caudal en este incidente, y tomarian ocasion para apelar si se despreciase el artículo que intentaban probar considerando ofendida su natural defensa. Por estas juiciosas consideraciones rara vez usan los Jueces de la facultad ó arbitrio de excluir las preguntas que se proponen, reservando su exámen y juicio para el tiempo de la sentencia difinitiva con la cláusula general y saludable de admitirlas *en quanto sean pertinentes.*

2 Si los hechos estuviesen probados ántes de la conclusion, ya sea por avenencia de las partes ó por confesion de alguna de ellas, de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca y desea en los juicios desentendiéndose de solemnidades y sutilezas, no tendrá lugar prueba alguna, ni debe reci-

cibirse á ella, porque toda seria ilusoria resistiéndola las mismas leyes: *ley* 31. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* "Manda-»mos que sobre las posiciones confesadas por qualquiera »de las partes en el nuestro Consejo, ó Audiencias, los »Letrados no hagan preguntas:" *ley* 1. *tit.* 7. *lib.* 4. "Y »si de la respuesta de las posiciones hallare el Juez que »puede dar sentencia difinitiva, concluso el pleyto, la dé, »la que por fuero, ó derecho deva; sino, resciba las par-»tes á prueba de lo por ellas dicho, é alegado:" *ley* 4. *del mismo tit. y lib.*: *ley* 10 *tit.* 17. *lib. citado.*

3 De estos antecedentes resulta un principio constante, y es que la prueba quando la permiten las leyes siempre es de esencia y substancia del juicio, porque toca á la defensa natural de las partes, y su omision ó denegacion da justa causa para apelar; pero si las partes no apelan, la sentencia que diese el Juez aunque fuese injusta no es nula, porque la prueba no toca al órden del juicio sino al de la justicia, que pueden consentir los que litigan, y lo hacen por el hecho de no reclamar la sentencia: Scacia *de Judiciis quæst.* 20. *glos.* 14. *n.* 1. *cum aliis.*

4 Conciliando las leyes el uso propio de la natural defensa y el que no abusen las partes de este saludable remedio convirtiéndole con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea, y que es el objeto de toda la legislacion, señaláron término competente para que puedan hacer sus respectivas probanzas; es á saber el de ochenta dias, si la prueba se hubiese de hacer de puertos acá, y el de ciento y veinte siendo de puertos allá: *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*

5 Por esta ley se mejoró la anterior legislacion de las Partidas, señaladamente la disposicion de la *ley* 33. *tit.* 16. *Part.* 3. en que se manda: Que quando los testigos que se han de exâminar estan en la villa donde es el pleyto, se concedan tres plazos sucesivos cada uno de tercero dia; y como no es de esperar que las partes concluyan su probanza en el plazo primero, pues bas-

ta

ta que alguna de ellas quiera apurar las tres, hace necesarias tres providencias judiciales con mayor daño y gasto de las partes.

6 Quando los testigos no se hallen en la misma villa donde se trata el pleyto, aunque estén en su término ó cerca de él, los plazos son los mismos tres y por el propio órden con la diferencia de ser cada uno de nueve dias, padeciéndose en esto igual dilacion y perjuicio que en los tres plazos anteriores.

7 Si alguna de las partes que litigan señalare para su prueba testigos que se hallen á distancia considerable, y jurare al mismo tiempo que no lo hace por alargar el pleyto sino con la esperanza de que comprobarán los hechos que propone, se le conceden los mismos tres plazos por igual órden sucesivo siendo cada uno de treinta dias; y es fácil caer en este abuso por el arbitrio que tienen las partes de proponer y señalar alguno de los testigos á larga distancia ofreciéndose acerca de ella contiendas, pues no se determina en la ley.

8 Todos estos perjuicios en la dilacion y mayores gastos de los interesados se enmendáron en la citada *ley.* 1. *tit.* 6. *lib.* 4., pues su término ó plazo ordinario es uno solo, continuo y perentorio, y excusa las providencias intermedias que se indicáron en los tres plazos referidos.

9 La experiencia de largo tiempo hizo sin duda conocer los muchos inconvenientes que resultaban de la observancia de la ley de Partida, y la necesidad de la disposicion de la ley recopilada, ya sea porque los tres plazos cada uno de tres ó nueve dias no eran suficientes, ó no los consideraban tales las partes, y recurrian las mas veces al de treinta, ó ya porque eran inexcusables mayores gastos y dilaciones en la repeticion de providencias.

10 El término y plazo único de ochenta dias, que concede la ley con el mismo efecto que tenian ántes los tres sucesivos se reserva á la prudencia y arbitrio del Juez que le coarte al que considere suficiente para que hagan

las partes su prueba atendida la calidad de la causa y de las personas, y el número y distancia de los lugares donde se haya de hacer. Algunas veces usan los Jueces de este medio deseando abreviar las causas, y las reciben á prueba con término de treinta dias, pero rara vez logran el fin: porque la que se interesa en la dilacion pide que se prorogue, y el Juez se halla en la necesidad de hacerlo, y viene á llegar á los ochenta dias cargando á las partes con los gastos de las prorogaciones que solicitan, y de sus respectivas notificaciones; y si quieren mantener la providencia de limitar y abreviar el término, dan ocasion á las partes para que la reclamen pidiendo su reposicion y apelando de lo contrario, y el Juez está en la precision de admitir esta apelacion; pues aunque el auto de prueba y restriccion de términos para ella sea interlocutorio, trae gravamen irreparable, y el mayor que se puede irrogar á las partes, porque en las probanzas está toda la virtud de la causa y del vencimiento ó pérdida; y por lo mismo no defiriendo el Juez á estas apelaciones introducen el recurso de la fuerza de no otorgar, y declarándola como efectivamente la declaran los tribunales superiores, viene á reponerse todo lo obrado desde el dia en que pudo interponerse la apelacion: Salgado *de Regia protect. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 137. *al* 139.

11 Para evitar estos graves inconvenientes tan contrarios á la brevedad, que solicitan los Jueces con la restriccion de los plazos para probar, observan ya los tribunales en la sentencia ó auto de prueba recibir la causa á ella por los ochenta dias de la ley comunes á las partes, y la conciben y extienden en la forma siguiente: "Re»cíbese este pleyto á prueba por los ochenta dias de la »ley comunes á las partes, hagaseles saber &c."

12 Notificada á las partes esta sentencia forman sus interrogatorios, y los presentan al Juez con pedimento; y uno y otro se extiende con arreglo al estilo y práctica de los tribunales en los términos siguientes:

13 *Interrogatorio.* "Los testigos que se presentaren »por

»por parte de N. vecino de T. en los autos, que sigue »con N. sobre paga de diez mil reales vellon, serán exâ- »minados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente: "Por el conocimiento de las partes, »noticias de este pleyto, y demas generales de la ley &c.

2.ª »Si saben ó han oido decir que dicho N. con- »descendiendo á las instancias del nominado N. le entre- »gó y prestó diez mil reales vellon en el mes de Enero »del año pasado de 1781. baxo la obligacion y pacto que »constituyó dicho N. de volverlos en dos plazos igua- »les, á razon de cinco mil reales en cada uno, que el pri- »mero cumplió en fin de Junio, y el segundo en fin de »Diciembre del propio año.

3.ª »Si saben y han oido decir que aunque dicho N. »ha solicitado con atentos y urbanos oficios que el ex- »presado N. estando ya cumplidos los referidos plazos, le »pagase los enunciados diez mil reales, no lo ha podido »conseguir.

4.ª »Item de público y notorio, pública voz y fa- »ma, y comun opinion &c."

14 Este interrogatorio se presenta al Juez con pedimento del tenor siguiente.

Pedimento. "N. en nombre de N. vecino de T. en los »autos con N. sobre paga de diez mil reales digo: Que por »auto de 6 de Febrero del presente año de 83 se sirvió »V. recibirlos á prueba por el término de los ochenta dias »de la ley; y para la que mi parte pretende hacer pre- »sento interrogatorio. Por tanto:

»Suplico á V. se sirva haberlo por presentado, y man- »dar que á su tenor y con citacion contraria se exâminen »los testigos que por dicha mi parte se presentaren, por »ser justicia que pido, juro lo necesario &c.

»Otrosí: digo que N. y N. vecinos de T. se hallá- »ron presentes al tiempo de la contrata y entrega que »hizo mi parte de los diez mil reales al nominado N.; y »presentándolos como testigos: Suplico á V. se sirva li- »brar el despacho correspondiente cometido al Corregi-

»dor de la expresada ciudad, para que les reciba sus »declaraciones precedida citacion contraria y con las de- »mas formalidades de derecho; pido justicia *ut supra.*"

15 Este pedimento igualmente que el interrogatorio deben ser firmados por el abogado y procurador, porque contienen lo mas esencial y entitativo de la causa, que consiste como se ha dicho al núm. 3. en la prueba que debe pedirse y ordenarse con arreglo á los hechos importantes de los autos sin incluir lo que está confesado, ó sea inconducente, cuyo discernimiento toca á los letrados, á quienes lo confian las leyes: *ley* 3. *titul.* 16. *lib.* 2. "Procurando que se hagan las probanzas, »que convengan, ciertas y verdaderas.::::: Ni pidan tér- »minos para probar lo que saben, ó creen que no ha de »aprovechar, ó que no se puede probar: *ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. "Mandamos que los dichos Letrados en el firmar, »y facer los interrogatorios, y artículos de ellos en pri- »mera, y segunda instancia, guarden la ley por Nos fe- »cha en las Cortes de Madrigal:::::: los firmen de sus »nombres, y no baste señalar:" *ley* 20. *tit.* 22. *del mismo lib.* El receptor "no puede hacer probanza alguna si »no fuere por interrogatorio firmado de Abogado de la »Audiencia, y señalado del Escrivano" permitiendo solamente á los procuradores las peticiones pequeñas: *ley* 8. *tit.* 24. *lib.* 2. "Que ningun Procurador sea osado de ha- »cer, ni haga por sí escrito alguno en los juzgados de »nuestras Chancillerías, salvo solamente las peticiones pe- »queñas para acusar rebeldías."

16 La primera pregunta del interrogatorio contiene los artículos generales, unos especificos y otros virtuales ó tácitos: los primeros reducidos al conocimiento de las partes y noticia del pleyto, y los segundos comprehendidos en la cláusula, *y demas generales de la ley.*

17 Llámanse artículos *generales*, porque se deben proponer necesariamente como preliminares de todos los interrogatorios sin que puedan las partes omitirlos; y toman igualmente la denominacion *de la ley*, porque estan se-

señalados en ella, y los manda incluir en los enunciados interrogatorios, y en las receptorias que se expiden para exâminar los testigos: *ley* 8. *tit.* 6. *lib.* 4. "Y que en to»das las cartas de receptoria, así en las que se dieren con »parte, como en rebeldía, se diga que el Juez, ó Recep»tor, ó el Escrivano pregunte á cada testigo que edad »tiene, ó si es pariente en grado de consanguinidad, ó »afinidad de la parte, ó en que grado, ó si es enemigo, »o amigo de alguna de las partes, ó si desea que alguna »de las partes venciese el pleyto mas que la otra, aun»que no tuviese justicia, ó fué sobornado, ó corrupto, ó »atemorizado por alguna de las partes."

18 En lo literal de la enunciada ley no se contienen los dos artículos del conocimiento de las partes y noticia del pleyto; pero los ha considerado conducentes la práctica y estilo de los tribunales para que el Juez pueda discernir la fuerza de sus declaraciones sobre el supuesto de estar seguros los testigos de la identidad de las partes y del pleyto que tratan; y siendo esta práctica observada generalmente se llaman con razon preguntas generales, y convienen en este punto con las demas que incluye la pregunta primera, aunque estas se diferencian en la denominacion *de generales de la ley* por estar escritas en ella.

19 Las otras preguntas del cuerpo del interrogatorio se llaman útiles, porque tocan á los hechos principales producidos en la demanda como fundamento de la intencion de la parte. Estos hechos han de ser probados por el actor en lo que no lo estuviesen por confesion del reo demandado. Lo mismo debe hacer y probar el reo en lo que conduzca á su intencion; y he aquí la regla que puede darse para formar los interrogatorios sin distraerse á preguntas de lo que no puede probarse, ó de lo que aunque se pruebe no puede aprovechar para la decision de la causa; y como no se toma exâcto y cabal conocimiento, quando se presentan los interrogatorios de las preguntas que contienen, y si son en todo ó en parte con-

du-

ducentes, se reserva su exámen para el tiempo de la sentencia con aquella cláusula saludable y comun de que se admitan *en quanto sean pertinentes*; y por efecto de ella quedan desaprobadas las preguntas inconducentes, y sin valor quanto sobre ellas hayan declarado los testigos.

20 Sucede muchas veces que presentados los testigos en el término concedido para probar no se reciben dentro de él sus declaraciones, y se trata de si haciéndolas despues de pasado tendrán el mismo valor y efecto, que si las hubieran executado dentro del término.

21 Los autores proceden á resolver esta qüestion distinguiendo dos casos: uno quando el término, que señaló el Juez para probar, es menor que el de la ley; y entónces convienen en que si se presentasen y jurasen dentro de él los testigos, pueden hacer y extender sus declaraciones aunque haya pasado.

22 Si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término de la ley en qualquiera de los casos indicados en ella, resuelven lo contrario; esto es, que aunque se presenten y juren dentro del término, no pueden declarar despues de pasado. Otros añaden la diferencia de que se hubiese señalado el término para probar y haber probado, en cuyo caso no admiten las declaraciones despues de pasado, pero sí quando el término fué sencillo para probar solamente.

23 Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *n.* 7. se explica en los términos siguientes: *Secundo notandum est, in jure dupliciter terminum ad probandum assignari posse; aliquando enim datur, et assignatur simpliciter ad probandum, aliquando vero ad probandum, et probatum habendum, ut hic; et inter hos terminos maxima constituitur differentia, quoniam in priori termino simpliciter ad probandum constituto sufficit testes jurare intra terminum hunc, ut possint eo elapso examinari, et ut censeantur in termino depossuisse, quia depositio, et dictum talis testis retrotrahitur ad tempus juramenti.*

24 Diego Perez á la *ley* 5. *lib.* 3. *tit.* 8. *del Ordenam. pág.* 1110. *vers. Sed tamen in contrarium*: *Dicendum est, quod*

quod aut loquimur in termino probatorio assignato à jure, vel in præfixo à Judice. In priori casu non sufficit jurare infra terminum; sed necessarium est, quod eo durante deponant testes, alias transacto termino, non poterunt amplius in causa executionis deponere: si vero terminus ad probandum sit assignatus à Judice, procedunt quæ dicta sunt in contrarium: terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.

25 Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8. *n.* 47. *Si vero testes fuerint producti, et jurati in termino, examinari poterunt elapso termino. Adverte tamen quod in casibus, in quibus testes producti, et jurati intra terminum examinari possunt post terminum, illud procedit in termino à Judice assignato: cæterum in termino ab ipso jure statuto non sufficiet testes esse productos, et juratos in termino; sed etiam intra terminum examinandi erunt.*

26 El Autor de la *Curia Philipica en la* 1. *part. del Juicio Civil*, §. 16. *n.* 19. dice: "Habiendo término pro»batorio señalado, despues de pasado no se pueden pre»sentar testigos, como consta de una ley de Partida, aun»que se pueden exâminar los presentados en tiempo, ha»ciéndose ántes de la conclusion, en el término de la pu»blicacion: lo qual se entiende, quando el término se »dió solo para probar, ó quando se dió menor del que »á lo mas el estatuto, ó ley dispone."

27 La diferencia que se observa en las opiniones referidas y en sus fundamentos pondrá en confusion, no solo á los que se dedican y tratan de instruirse en la práctica sino tambien á los que la han exercitado muchos años, así porque no siempre hay tiempo para que los abogados y Jueces se detengan en reconocer y combinar las razones de los autores como porque no siempre alcanzan á discernir quales sean mas poderosas, y es de grande ventaja remover estos embarazos poniendo una resolucion positiva á la qüestion indicada con las razones sólidas y sencillas en que se funda.

28 La retrotraccion á que recurre Acevedo queriendo unir el tiempo del juramento, que hacen los tes-

ti-

tigos dentro del término probatorio, y el de sus declaraciones que se reciben y extienden despues de él, no se funda en ley ni en razon: porque la inventada retrotraccion es una ficcion traslativa de los tiempos, que no puede introducirse sin ley expresa auxîliada de la equidad y necesidad, que la excite en beneficio de la causa pública. Este es el sentir uniforme de los autores: Carlev. *de Judiciis tit.* 3. *disput.* 23. *n.* 12.: Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 31. *et in tract. de Retention. part.* 2. *capit.* 17. *n.* 52. *vers. Nec dicatur*: Gomez *Var. resol. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 3. *vers.* 3: y en la *ley* 45. *de Toro n.* 23. *y* 93. con otros muchos.

29 ¿Adónde pues está la ley que permita jurar los testigos dentro del término señalado por el Juez, y recibir sus declaraciones despues de pasado? ¿Ni adónde hállan la razon de equidad y urgente necesidad en beneficio de la causa pública, que obligue á inventar el remedio de la ficcion, que es el mas singular y extraordinario de los derechos? ¿Y cómo se podrán unir dos tiempos tan distantes en su naturaleza, siendo el del juramento hábil y el de la declaracion inhábil? A la verdad que esto no puede caber en la ficcion, la qual siempre debe imitar á la naturaleza, como se demuestra por unos principios constantes en todos los casos que pueden recibir semejantes ficciones.

30 Los hijos naturales se legitiman por el matrimonio subsiguiente, porque pudo contraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento siendo los dos tiempos hábiles; y por esta causa y la notoria equidad á beneficio de los hijos y de la causa pública permite y autoriza la ley la union de los dos tiempos: *ley* 1. *tit.* 13. *Part.* 4: *ley* 9. *tit.* 8. *lib.* 5. *de la Recop.* Lo contrario se dispone quando el uno de ellos no es de igual naturaleza y aptitud, como sucede en los incestuosos, adulterinos, y los demas que nacen de dañado y punible ayuntamiento: *cap.* 1. *et* 6. *ext. Qui filii sint legitimi*: Gonz. *en su Comentario*: y el señor Covarr. *de Matrimon. part.* 2. *cap.* 8. §. 2.

La

31 La *adicion* de la herencia en el heredero extraño se retrotrae y une á la muerte del testador por efecto de la ficcion traslativa, que introduce la ley quando en los dos tiempos de la muerte del testador y de la *adicion* era capaz el heredero de ser instituido, y de adquirirla. La equidad y necesidad de este caso es tambien notoria, como se expresa en la *ley* 22. *tit.* 3. *Part.* 6. y en el §. 4. *Institut. de Hæred. qualitate, et differ.* y lo explica allí Vinnio, descubriéndose la utilidad pública en unir estos dos tiempos para que no se interrumpiese el dominio y posesion de los bienes, que no puede estar pendiente ni un solo momento segun la opinion y fundamentos del Señor Molina *de Primog. lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 10. y del Señor Larrea *decis.* 51. *n.* 32.; y para que pudieran continuarse los efectos de la usucapion que empezó en el difunto, y continúa en el heredero por haberse unido la posesion de uno y otro por medio de la ficcion indicada.

32 Paz y el autor de la *Curia Philipica* en los lugares citados no dan razon de su sentencia; y Diego Perez la reduce á la cláusula última del número referido: ibi: *Terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.* No explica, ni aun señala Perez en qué consiste la mayor fuerza que atribuye al término de la ley sobre el del hombre, y esta vaga autoridad dificulta la inteligencia, ó la pone en grande confusion.

33 A mí me parece que podia evitarse la obscuridad que producen las opiniones referidas, y las razones en que se fundan reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida; y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley usando del prudente arbitrio, que dispensa al Juez la 1. *tit.* 6. *lib.* 4., procede de un auto interlocutorio, qual es el de prueba; y como éste puede reformarse por el mismo Juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término, ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia que quando el Juez recibe el juramento á los tes-

tigos dentro del término señalado en el auto de prueba, que se supone ser menor que el de la ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que lo proroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza, y por este medio ordinario puede extenderle al que señala la ley. En resumen viene á concluirse que quando el Juez recibe el juramento á los testigos, y reserva sus declaraciones, alza y remueve el término primero, y dexa sin embarazo el de la ley como si hubiera empezado con él: porque el juramento y exámen es un solo acto que empieza en el juramento, y acaba en la declaracion, y está bien descubierto el ánimo del Juez en apartar todo impedimento para continuar y concluir el acto empezado en el mismo tiempo hábil dentro del término de prueba, que es el de la ley, alzando el de la restriccion que habia puesto él mismo en el concepto de que seria suficiente, y no lo fué segun se supone.

34 Podrá preguntarse oportunamente en este lugar si el último dia de los ochenta señalados por la ley para hacer la prueba excluye por sí solo y con tal eficacia la intencion de los litigantes que si pretendiesen pasado dicho término hacer probanza ántes de la publicacion de las executadas dentro de aquel tiempo, pueda y deba el Juez de la causa repeler de oficio la pretension negando la audiencia sobre ella, ó si ha de concurrir además del lapso de los ochenta dias contradiccion de alguna de las partes, ó instancia para que sin retardacion se dé curso á la causa con la publicacion de probanzas.

35 La disposicion literal de la citada *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. hace la prueba mas expresiva y concluyente de que solo el lapso del término señalado en ella cierra enteramente el paso á qualquiera instancia de hacer probanza fuera de él: *ibi*: "Y que no los puedan alargar, y que esto »sea por todos plazos, y término perentorio: con aperci»bimiento que no les sea dado otro término, ni éste les »sea prorogado, ni gelo puedan prorogar, ni alargar.

El

36 El simple señalamiento de los ochenta dias contiene con igual fuerza y efecto dos partes dispositivas: una es la facultad de probar dentro de él, y otra la prohibicion de hacerlo fuera. El que no usa del tiempo que le concede la ley se entiende que le renuncia, y abusando de su indulgencia no puede implorar su nuevo auxilio, ni venir contra su propio hecho: Salgad. *de Regia part.* 3. *cap.* 9. *n.* 227. *cum ibi relatis*: *cap.* 10. *ext. de Immunitat. Ecclesiar.*: *leg.* 13. *Cod. de Non numerat. pecun.*: *cap.* 10. *extr. de Probationib.*: Vela *dissert.* 38. *n.* 17.

37 La calidad de ser perentorio y por todos plazos el término de los ochenta dias, y la de repetirse tantas veces la prohibicion de que el Juez no le pueda alargar, ni dar á las partes otro término apercibiéndole en caso de contravencion, manifiestan mas vivamente la intencion del legislador en que se hiciese la probanza dentro de este término, y que no pudiera admitirse fuera de él, (*ex late traditis à* Castill. *lib.* 4. *cap.* 52.) y entónces queda desde aquel punto privado el Juez de todo arbitrio, y ligadas las manos para relaxar la ley, cuya observancia y cumplimiento debe solicitar y llevar á efecto por su oficio como executor de ella, siendo conforme á estos principios que la probanza, que recibiese el Juez pasado dicho término estando tan clara la prohibicion de la ley, sea *ipso jure* nula.

38 El enunciado término fué reducido á los ochenta dias por todos plazos y en calidad de perentorio para atender á la brevedad y conclusion de los pleytos, que es uno de los primeros objetos de las leyes, como lo es la utilidad pública á que se dirige. Por esta razon es de notar que en el mismo *tit.* 6. *del lib.* 4. se une á los términos de las pruebas la conclusion de los pleytos, y en esto se indica bastantemente que ella es el fin de los términos que la preceden, y que ni las partes ni el Juez pueden obrar contra él embarazando el progreso de los autos con probanzas de testigos pasado el tiempo en que pudiéron hacerlas.

39 La fuerza del tiempo limitado y la nulidad, que influye en todo lo que despues de él se hace, estan uniformemente demostradas en todos los casos semejantes de que tratan las leyes.

40 En la *ley* 34. *tit.* 16. *Part.* 3. se propone el caso de haber alguna parte presentado testigos en juicio para probar su intencion solicitando que por ellos, y sin querer usar de otros, diese el Juez su sentencia; y despues de esta expresa renuncia desea presentar nuevos testigos, y la ley los admite baxo de ciertas calidades: la primera que los testigos recibidos ántes no hayan sido abiertos ó publicados: la segunda que jure la parte que no sabe lo que dixéron los suyos ni los otros que habia dado su contendor; y la tercera que no fueren pasados todos los plazos en que habia poderío de probar, y repite: "Mas »si los plazos fuesen pasados, non gelos deven despues »rescebir. Salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien »gelo puede rescebir ante de las razones cerradas."

41 Esta última condicion de la ley contiene tres partes: una positiva por la qual permite presentar nuevos testigos, y continuar su prueba dentro de los plazos en que habia poderío de hacerla: otra negativa prohibiendo la presentacion y exámen de testigos pasados los plazos, que señalan las mismas leyes para la prueba, que es lo decisivo de la qüestion propuesta; y la tercera parte consiste en la excepcion con que acaba la ley, *Salvo ende carta, ó instrumento*, la qual es otra especie de prueba que confirma la regla en contrario.

42 El remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro acerca de los bienes de mayorazgo, es privativo del Consejo, y tiene dos tiempos perentorios, uno para introducirle, y otro para acabarle. El primer término es de seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él: *ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5: Paz *de Tenut. tract.* 1. *c.* 16.

43 Si pasado el referido término de los seis meses viniere alguno al Consejo solicitando por el remedio de la

la tenuta la declaracion de haberse transferido en él la posesion civil y natural por ministerio de la ley de Toro, y que en su conseqüencia se le mande dar la real, corporal, *vel quasi*, con recudimiento de frutos, que es la forma de este remedio singularísimo, no será oido ni admitida su instancia, porque feneció su accion en el último momento de aquel tiempo sin poder recobrarla por el privilegio de la restitucion ni por otro medio alguno. Tal es la exclusiva de este término: *ex dict. leg. 9. tit. 7. lib. 5. Recop. in fin.*: Paz *de Tenut. cap.* 17: Molin. *de Primog. lib. 3. cap.* 13. *n.* 60. *et* 61.

44 El segundo término es de cinqüenta dias igualmente perentorios sin que se pueda prorogar mas, dentro del qual las partes digan y aleguen, prueben y presenten lo que quisieren; y luego se vea el dicho pleyto: *la misma ley 9. tit. 7. lib. 5.*

45 Quando se cometian estas instancias por el Consejo, mandaba al Juez que en comenzando á entender en el negocio asignase término de cinqüenta dias á las partes por todos términos y plazos, y que no se pudiera prorogar ni alargar por ninguna manera ni causa, si no que dentro de él los oyera, y las partes ante él dixeran y alegaran, y presentaran los mayorazgos y otros títulos, escrituras y probanzas que quisieran; y hecho y concluso el negocio dentro de los dichos cinqüenta dias sin otra conclusion ni prorogacion mas para determinarlo, se traxese ante los del Consejo, y traido se viese y determinase luego sin haber, ni dar lugar á otra alegacion ni probanza.

46 En las dos partes de la citada *ley* 9, y en los dos modos de substanciar el juicio de tenuta, estan reducidos los oficios de las partes á los estrechos límites de los cinqüenta dias señalados; y desde aquí empiezan inmediatamente los del Juez y del Consejo, que son incompatibles con aquellos, y tienen su objeto determinado, lo qual procede no solo quando los juicios de tenuta estaban reducidos á la material tenencia de los mayoraz-

razgos sino tambien despues que se amplió su efecto á la posesion de ellos remitiéndose á las Audiencias tan solamente quando á la propiedad: *ley* 10. *tit.* 7. *lib.* 5.

47 Para decir de nulidad de la sentencia estan señalados sesenta dias; y si dentro de este tiempo no lo dixeren las partes, no son oidas despues: *ley.* 2. *y* 3. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*

48 Para apelar de la sentencia estan señalados cinco dias contados desde que se diere y viniere á noticia de las partes; y pasados sin usar de este remedio queda desde allí la sentencia ó mandamiento firme: *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. "Pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que fuere »dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y viniere á su »noticia:" *ley* 4. *del mismo tit. y lib. in fin.* "Que se pueda »alzar hasta quinto dia despues que le fuere notificada:" *ley* 7. *del mismo tit. y lib.*, siendo todo efecto del curso del tiempo aun en un derecho y facultad tan favorable y recomendable como es la apelacion.

49 Los nueve dias concedidos para poder sacar por el tanto los bienes vendidos, en los casos que lo permiten las leyes, corren con tal impulso que el último momento de ellos excluye todo el derecho y facultad de retraerlos sin que pueda recobrarse por el remedio de la restitucion en los menores ni en otras personas privilegiadas: *ley* 7. *y* 8. *con otras del tit.* 11. *lib.* 5.

50 El remedio de la lesion en las ventas que se hacen en mas de la mitad del justo precio, ó en tan ínfimo que no llega á la mitad, tiene tambien prescripto el término de quatro años contados desde el dia en que fuéron hechos los contratos; y el curso de este tiempo excluye igualmente la accion, y la dexa desde aquel momento extinguida: *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *in fin.* "Del dia »que fueren hechos fasta en quatro años, y no despues."

51 Bastan estos exemplares, á que pudieran añadirse otros muchos, para convencer con demostracion el influxo que tiene el tiempo y su curso quando lo ponen las leyes sin necesidad de auxiliarse con los oficios de las par-

partes ni del Juez, porque son mas vivos y eficaces los de las mismas leyes.

52 En contrario de lo que se ha expuesto hasta ahora en prueba de la conclusion antecedente hacen al parecer bastante fuerza las proposiciones siguientes: primera que el Juez debe trabajar para descubrir por todos los caminos posibles la verdad y la justicia, que es el término de los juicios sin detenerse en formalidades escrupulosas, ni aun en las que tocan en la substancia del órden: *ley* 34. *tit.* 16. *Part.* 3. "E esto es porque los Judgadores siempre »deben ser apercebidos para puñar de saber la verdad »por quantas partes podieren:" *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*: segunda que la prueba de testigos es el mejor medio y mas freqüentemente usado en los juicios para llegar á descubrir la verdad y la justicia, y rara vez se logra igual prueba por instrumentos siendo consiguiente á estos dos principios otro igualmente cierto, qual es que las pruebas y los medios de hacerlas no se han de estrechar ni limitar, ántes bien se deben facilitar proporcionándolas al modo y tiempos en que puedan darse atendida tambien la calidad de la causa, de donde resulta admitir probanzas imperfectas, reunir indicios y presunciones, y darles valor en los casos secretos y de dificil prueba, todo con el fin de averiguar por los medios posibles la verdad y la justicia.

53 Los términos que señalan las leyes para hacer las probanzas sirven principalmente para no dexarlos al arbitrio indefinido de las partes, y prevenir la malicia con que podrian dilatar considerablemente las causas en gran daño del Estado; pero si pasados dichos términos se ofrece la parte á probar incontinenti los hechos en que funda su intencion, no se puede concebir malicia ni daño considerable en la dilacion del proceso, que es la segunda proposicion.

54 La tercera de las proposiciones que hacen fuerza contra lo expuesto á favor de la enunciada conclusion es que no se presume que las partes quieran abandonar ni per-

perder los derechos y bienes que litigan, como sucederia si omitiesen de intento hacer su prueba en tiempo y forma, porque en ello consiste toda la fuerza de la verdad, sin la qual perderia necesariamente su derecho; y es preciso creer que tuvo alguna justa causa que le impidió hacer su prueba en el tiempo señalado por la ley; y estando á su favor esta presuncion no parece justo gravarla con la necesidad de probar el impedimento, pues le seria costoso, dificil y á veces imposible.

55 La quarta proposicion igualmente contraria á la conclusion establecida es que presentar los testigos pasado el término de los ochenta dias, pero ántes de publicarse los que se habian exâminado dentro de él, es un acto que aprovecha á la parte que solicita hacer entónces su prueba, y no perjudica á las contrarias respecto á que no lo contradicen, ni es de temer soborne á los testigos ignorando los recibidos en el término ordinario, pues se supone no haberse publicado, ni se detiene por tiempo considerable el curso de la causa: porque el Juez puede señalar á su arbitrio prudente un término breve para que la parte presente y sean recibidos sus testigos, y proceder despues á la publicacion de unos y otros.

56 Al contrario sucederia si no defiriese á la presentacion y exámen de testigos de la parte que no ha hecho prueba en el término de la ley, porque sin ella pereceria su justicia con grave daño de sus intereses, lo qual resiste la equidad de las leyes; y para no caer en esta especie de iniquidad moderan su rigor en casos de mas estrecha prohibicion: uno de ellos y acaso el mas controvertido se deduce de la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.*, en la que dando forma y órden á los juicios de segunda suplicacion se dispone que los Jueces nombrados "las »vean, y determinen de los mismos autos del proceso, »sin rescibir escrito, ni peticion, y sin dar lugar á otras »nuevas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dila»ciones, ni pedimentos por via de restitucion, ni en otra »manera alguna."

57 A vista de una ley que apura tanto la brevedad, y reduce el conocimiento de los Jueces á los autos del proceso formados en las anteriores instancias excluyendo con eficaz repeticion las probanzas y escrituras por via de restitucion ni en otra manera alguna, fuéron de sentir muchos autores que no debian admitirse nuevos instrumentos en este singularísimo juicio, aunque jurasen las partes haber llegado nuevamente á su noticia; pero otros de grave y superior nota, cuya opinion se halla autorizada con la práctica y observancia del Consejo, fuéron de dictamen que quando los nuevos instrumentos, que se presentan con el juramento indicado, manifiestan claramente la justicia de la parte, deben ser admitidos para no caer en la iniquidad de ver perecer la justicia y la verdad, á lo qual no podia haberse opuesto la citada ley ni otra alguna: Maldonado *de Secund. supplicat. tit.* 6. *q.* 5. *per tot. ubi plura videbis.*

58 Son de notar dos diferencias entre la proposicion antecedente y el caso deducido de la citada *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4: la una que la instancia ó juicio de que trata esta ley es el último, y no queda recurso para mejorar la intencion de las partes con otra prueba, lo que no sucede con las primeras instancias de que se va tratando en este capítulo: porque en las de apelacion puede la parte enmendar su omision probando con instrumentos y testigos lo que no probó en el anterior juicio: *ley.* 1. 2. 3. *y* 4. *tit.* 9. *lib.* 4.

59 La segunda diferencia consiste en que la citada *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. no recibe prueba de testigos sino de instrumentos con la calidad y juramento insinuados; y no de qualquiera instrumento sino de aquellos que á primera vista manifiesten la justicia de la parte de un modo que no admita probable impugnacion.

60 En satisfaccion de estos dos reparos se debe tener presente que las probanzas se hacen en las primeras instancias sobre artículos en que fundan las partes su intencion; y como son por lo comun contrarias las preten-

siones, viene á resultar que hecha la probanza de testigos por alguna en primera instancia queda la otra impedida de hacer la suya en la segunda, porque se prohibe executarla sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fuéron traidos ó recibidos testigos; y así viene á ser última instancia para la parte que no pudo probar en la primera, pues no le queda otra en que hacerlo mirando desde aquel punto desamparada su justicia, y que necesariamente ha de perecer. La razon de esta prohibicion la expresa la misma ley, y consiste en el temor de que los testigos sean sobornados, y se hagan pruebas falsas como habia acreditado la experiencia en los tiempos pasados, quando se recibian las partes á prueba generalmente en grado de apelacion ó suplicacion.

61 La presentacion de instrumentos es permitida pasado el término de la prueba y aun despues de publicados los testigos hasta la conclusion de la causa, porque no admiten la sospecha de ser alterados, á que estan expuestos los testigos quando se buscan y presentan despues de publicadas sus deposiciones. Lo único que recelan las leyes en la presentacion de instrumentos es la malicia de haberlos reservado para irlos produciendo separadamente en el progreso de la causa con el fin de dilatarla omitiendo usar de ellos quando debian executarlo, y en los plazos que estan señalados: *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* "Y si entiende que puede probar su demanda »por escrituras, las presente luego con la informacion de »caso de Corte:" *ley* 2. *del mism. tit. y lib. in fin.* "Y pares»ciendo los reos en quanto á la presentacion de las es»crituras, que oviere de presentar para su defensa, se »guarde lo que de suso está declarado que ha de facer »el actor:" *ley.* 1. *y* 2. *tit.* 5. *lib.* 4: *ley.* 1. 2. *y* 3. *tit.* 9. *lib.* 4. Para purgar la sospecha de esta malicia sirve el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia, al qual se defiere por ser la única prueba que puede admitir el pensamiento y dictamen á que se refieren; y aun sin

sin el juramento que prescriben las leyes, se admiten los instrumentos ántes de la conclusion conforme á la práctica de los tribunales.

62 Los testigos que se presentaren pasado el término ordinario de la ley estando cerradas, y sin publicar las probanzas, estan igualmente libres de todo recelo de que sean sobornados por la parte que los produce; y conviniendo en este punto con los instrumentos parecia que debian admitirse en el tiempo indicado ántes de la publicacion de las probanzas; pero como estando executadas las de alguna parte, aunque no se hayan publicado legalmente en el proceso, han podido llegar por otros medios á noticia del que quiere despues presentar testigos, conviene que purgue estos recelos jurando que no sabe lo que dixeron los que habia presentado ántes ni los otros, que habia dado su contendor, como lo hacen las partes que pasado el plazo señalado por el Juez pero dentro de los de la ley quieren aumentar sus probanzas: *ley* 34. *tit.* 16. *Part.* 3. Y aun podia añadirse que jurase no haber dilatado por malicia hacer su probanza en el término de la ley, y que creia probar su intencion con los testigos que presentaria, y en su defecto pagaria á la parte contraria las expensas y perjuicios que por la dilacion padeciere á semejanza de los que piden término ultramarino para presentar testigos: *ley* 1. *tit.* 6. *lib.* 4. Con superior razon debian ser exâminados los que presentase la parte pasado el término de los ochenta dias, si á las calidades del juramento próximamente indicado añadiese baxo el mismo juramento alguna de las siguientes: que los testigos que intenta presentar no estaban en la tierra en donde pendia el pleyto, quando corrió el término de los ochenta dias: ó que no se acordó de ellos entónces, aunque estuviesen en el propio lugar ó en sus inmediaciones: *ley* 39. *tit.* 16. *Part.* 3.

63 Los términos de esta ley son mas estrechos que los motivados en la qüestion propuesta; pues suponiendo por regla que publicados los dichos de los testigos no

pueden despues producirse otros sobre aquella misma cosa en que fuéron exâminados los primeros, propone por limitacion el caso siguiente: si alguno, aunque hubiese hecho prueba de testigos en primera instancia, no probó con ellos cumplidamente su intencion, y por lo mismo fué condenado, alzándose de esta sentencia puede presentar en la segunda instancia otros testigos sobre los mismos artículos de la anterior haciendo el juramento, que prescribe la citada ley, reducido á que no lo hace por engaño ni por malicia ni por alongamiento, sino porque los testigos que ahora quiere presentar no estaban en la tierra, ó no se acordó de ellos para presentarlos.

64 La circunstancia de tratarse de recibir estos nuevos testigos sobre los mismos artículos en segunda instancia no debilita el concepto de que en la primera ántes de la publicacion de los testigos, y aun despues de hecha, pudieran recibirse con el prévio juramento indicado: porque el permitirse por la citada ley en la segunda instancia es efecto consiguiente al estado de la causa que refiere, pues supone estar dada la sentencia, y entónces ningun recurso queda á la parte ante aquel Juzgador que acabó su oficio, y es necesario habilitar al superior por medio de la apelacion; pero quando el Juez de primera instancia tiene toda su jurisdiccion expedita, y quiere alguna parte ampliar su probanza, ó hacerla de nuevo pasado el término de la ley baxo del juramento y calidades explicadas correrá con mayor razon la indulgencia y disposicion equitativa de la misma ley.

65 Con estas precauciones queda igual la presentacion de instrumentos y la de testigos y su exámen ántes de la publicacion, y socorridos los litigantes por estos dos medios de pruebas en la defensa natural de su justicia. Esta proposicion puede confirmarse con la *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3, pues dexando prevenido lo conveniente acerca de la publicacion de los testigos, continúa con la si-

siguiente disposicion: "É despues que los dichos de los »testigos fueren así publicados, si alguna de las partes »quisiere despues desto, aducir otras pruevas, para pro»var aquella cosa misma en que avian dicho los primeros, »non gelas deve el Juzgador recibir." Aquí se pone por término exclusivo de nuevas probanzas la publicacion de las antecedentes repitiéndolo dos veces: *ibi*: "É des»pues::::: despues desto."

66 La misma observacion puede hacerse en la *ley* 5. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*, cuyo epígrafe que es un resumen de lo contenido en ella por extenso dice así: "Que »no se pueda hacer probanza en primera instancia, fecha »publicacion." En el cuerpo de la ley se manda que si los testigos fueren recibidos como deben, y por quien deben, que despues de publicados no puedan ser tomados ni traidos otros en primera instancia.

67 Procede esta doctrina con mayor seguridad quando la parte contraria no contradice la presentacion y exámen de testigos pasado el término de los ochenta dias y ántes de la publicacion de los recibidos en él; pues sino la pide alguno de los que litigan, no la puede hacer el Juez de oficio, y se entiende que consiente en la dilacion, que sea necesaria para la prueba que se solicita prefiriendo la equidad de que se descubra y acredite la verdad, y no perezca la justicia: *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. "Por eso non deve el Judgador dexar de publicar los di»chos de los testigos, si la otra parte, que fué obediente, »lo demandare."

68 Por la *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.* está señalado el término de veinte dias para oponer y alegar todas otras qualesquiera excepciones y defensiones perentorias y perjudiciales de qualquier calidad que sean; y se dispone que pasado el dicho término de los veinte dias no sea oido ni admitido á las alegar y oponer, salvo que pareciere á los del Consejo y Oidores que con juramento de la parte se deben recibir, y que no se alegan maliciosamente, que en tal caso las puedan recibir; pero no pro-

probándolas dentro del término que le fuere dado, debe ser luego condenado en las costas del pleyto retardado á vista y tasacion de los Jueces sin esperar á la sentencia difinitiva.

69 En esta ley se descubre mas la equidad con que procede la legislacion en el señalamiento de los términos judiciales mirando siempre á precaver las malicias, con que procuran las partes alargar los pleytos, indicando esta causa la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 4; pero conservando siempre los medios que conduzcan á la sencilla y natural defensa de las partes, con cuyo importante fin mantienen la autoridad y arbitrio de los Jueces para que disciernan si proceden las partes de malicia ó de buena fe; pues en este caso les facilitan toda la natural defensa que les es debida, así en proponer nuevas excepciones como en probarlas conciliando la indemnidad y resarcimiento de los daños, que en su defecto causen con la dilacion á las contrarias.

70 Aunque por la enunciada ley solo se concede á los Jueces el conocimiento y autoridad para admitir nuevas excepciones despues del término de los veinte dias, y no habla del progreso y estado de la causa en que puedan alegarse y proponerse, da motivo esta indefinida libertad para entender que pueden hacerlo hasta la conclusion ó fin de la misma causa.

71 Para ocurrir á esta inteligencia, y determinar la que debe darse en este punto á la citada *ley* 1, conduce la 5. *del propio tit. y lib.*, que se compone de dos partes: en la primera concede á los menores la restitucion *in integrum*, si la pidiesen en la primera instancia, para poner sus excepciones nuevas con tal que la pidan ántes de la conclusion para difinitiva; y en la segunda prohibe á los que no son menores, ni gozan de este privilegio, el que puedan alegar nueva excepcion para ser recibida á prueba despues de la publicacion de los testigos; pero bien podrán alegarla y proponerla, si pudiesen probarla por confesion de las partes ó por escritura pública,

de-

debiendo observarse en esta literal disposicion dos particularidades en confirmacion de la opinion últimamente indicada: la primera que solo el término de la publicacion de los testigos excluye la propuesta de alegacion de excepciones nuevas y la prueba de testigos que necesiten; y la segunda que pueden alegarlas despues de la publicacion probándolas por confesion de la parte ó por escritura pública, convenciéndose por esta sencilla combinacion que la sospecha recae en los nuevos testigos, quando se quieren presentar y exâminar publicados los dichos de los primeros.

72 Considerados con profunda meditacion los fundamentos expuestos por las dos partes de este artículo, reducido á si pasado el término ordinario de los ochenta dias y ántes de la publicacion de las probanzas puede y debe el Juez recibir las que ofreciere en primera instancia alguna de las partes, hacen bastantemente embarazosa la resolucion, y la dexaria al juicio de otros que supieran discernir mejor que yo la fuerza de las doctrinas explicadas; pero estimulado de la obligacion y del deseo con que escribo estas *Instituciones prácticas* de facilitar la debida instruccion, me resuelvo á decir que yo adopto los principios naturales de equidad y buena fe en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y la justicia por todos los medios, que no traygan graves inconvenientes en dilatar los pleytos por malicia, y causar considerables perjuicios á las partes; y precavidos estos dos extremos con el juramento y demas calidades que previenen las leyes, y se han reunido en sus casos, no hallaria reparo en admitir y exâminar los testigos, que se presentasen pasados los ochenta dias, y ántes de la publicacion de probanzas, haciéndose con citacion de la parte contraria y dentro de un breve término, que no produxese considerable dilacion.

73 Quando los testigos se hallan fuera del lugar y jurisdiccion en donde reside el Juez de la causa, da comision al que lo es de aquel territorio en donde estan los

los testigos para que precedido juramento les reciba sus declaraciones, y las remita autorizadas al mismo Juez de la causa.

74 Á esta providencia general diéron motivo los abusos notorios y repetidos que cometian los comisionados, que freqüentemente despachaban con jurisdiccion los Jueces propietarios de las causas para que entendiesen en las probanzas, que se habian de hacer fuera del territorio de su jurisdiccion en averiguaciones de delitos y otras diligencias convirtiendo estos comisionados su oficio en propio interes y grangería con gran menoscabo de la justicia y daño universal del Estado; y para ocurrir con el oportuno remedio que refiere y contesta la *ley* 31. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*, ordenó y mandó: "Que ningun Conse»jo, Tribunal, Chancillería, Audiencia, Comunidad, Uni»versidad, ni persona particular de qualquier estado, ca»lidad, ó condicion que sea, ó por qualquier título, causa, »ó razon, no puedan embiar, ni embien á ninguna parte »de estos nuestros Reynos ningun Juez de comision, ni »tampoco executor, ni otra qualquiera persona con juris»diccion, comision, instruccion, ni en otra forma, á cos»ta de las partes, ni en otra manera:::::: y que todos »los negocios, y causas que se ofrecieren, en los quales »sea necesario dar comision á persona particular, así de »probanzas, averiguaciones, cobranzas, executiones, no»tificaciones, citaciones, como de otras qualesquiera di»ligencias, para las quales hasta ahora se han embiado »personas, se remitan de aquí adelante á las Justicias Or»dinarias de la Ciudad, Villa, ó Lugar donde se uvie»ren de hacer; y si por alguna consideracion, ó causa pa»decieren excepcion se remitirán al Realengo mas cerca»no." Lo mismo se ratifica en los capítulos 1.° y 2.° de la propia ley.

75 En la 25. *tit.* 22. *lib.* 2. se manda que no se cometa la probanza á receptor, salvo quando las partes lo pidieren, y conviniere, y que no lo pidiendo se cometa á los escribanos de los pueblos donde se hubiere de

de hacer. Y se conforman con estas disposiciones las *leyes 68. y 69. tit. 4. lib. 3* : y el *auto acordado 21. tit. 2. lib. 2* : y las *ley. 13. y 15. tit. 21. lib. 4* : la *10. tit. 17. lib. 5. de la Recop. ibi.* "Salvo por los Alcaldes Ordina-"rios de los Lugares."

76 A los daños que refieren estas leyes, y enmendáron con la reforma de los comisionados y receptores, correspondiéron grandes ventajas en lo general del Estado. Los comisionados, desde que salen de sus casas hasta que vuelven á ellas, ganan sus salarios á costa de los litigantes, y esto lo hacen los mas íntegros y desinteresados; pues los que no lo son, que acaso será la mayor parte, quedan poco satisfechos con ellos si no los traen enteros á su domicilio.

77 Para dar principio á la comision deben manifestarla á la justicia del pueblo, y esperar su cumplimiento, quien rara vez le da sin la molestia de pedir copia certificada de la comision, y consultarla con asesor, causando á las partes este nuevo gasto, y el que está haciendo entretanto inútilmente el comisionado. Aunque la comision sea de letras, recaen las mas veces estos encargos en abogados que no tienen establecimiento seguro, ó son poco concurridos sus estudios, y obligados de la necesidad toman estos oficios saltuarios, y los pretenden con importunidad, haciendo despues grangería de su duracion, y dilatando las diligencias mas tiempo de lo necesario para concluirlas.

78 En el nombramiento de estos comisionados tiene mucho influxo la parcialidad y el interes de los criados y subalternos de los Jueces y Ministros que los envian, y se asegura mejor este partido en los que son de superior graduacion, quienes rara vez conocen á los tales comisionados, si no que defieren á los informes que les hacen de ellos.

79 En los Jueces Realengos y Justicias ordinarias estan preservados estos daños; pues si los nombra el Rey á consulta de la Cámara, ó del Consejo de las Ordenes

en los de su territorio, llevan la aprobacion de tan respetables tribunales en su literatura y conducta; y si los nombran los mismos pueblos por tolerancia, prescripcion ó costumbre, tienen á su favor el consentimiento de los capitulares electores en representacion de los demas vecinos sobre un conocimiento práctico de su zelo y capacidad.

80 Todos estos Jueces y Justicias ordinarias, de qualquier modo que sean elegidos, reciben del Rey toda su autoridad y jurisdiccion con la condicion precisa de que se ayuden mútuamente en los oficios de mantener los pueblos en paz y en justicia: *ley.* 2. *y* 16. *tit.* 4. *Part.* 3: *ley.* 1. 2. *y* 5. *tit.* 1. *Part.* 2: *ley* 2. *tit.* 10. *Part.* 2. Marquez *en su Gobernador Christiano*, *lib.* 1. *cap.* 19. *pág.* 233. tratando largamente del oficio de los Reyes en la administracion de justicia, sienta que la imposibilidad de hacerlo por sí solos en los grandes Estados es la causa de encomendarla á otros Ministros, á quienes encarga parte de su solicitud sin desprenderse del cuidado de velar sobre sus operaciones, y de corregir las que no sean conformes á las soberanas intenciones de S. M.; y para que puedan cumplir mejor sus encargos sin emulacion y competencias, les divide y señala territorios, cuyos límites son los muros de su jurisdiccion; y quando hayan de usarla fuera de ellos, piden el auxîlio de los Jueces propios, recordándoles á nombre del Rey la obligacion de ayudarse mútuamente en los importantes fines indicados: *ley* 1. *tit.* 29. *Part.* 7: "E el Juzgador del Lu»gar do quiera, que fuere fallado el malfechor, despues »que la carta rescibiere, develo facer así, maguer non »quiera:" *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 8. *de la Recop.* "Sea tenudo de »lo entregar por requisicion del Juez del delito, ó del Juez »del deudor, so las penas contenidas en las leyes sobre es»to hechas:" *ley* 3. *del mismo tit. y lib.* "Embiándoselo á »requirir los Alcaldes, que diéron la sentencia, que sean »tenudos los dichos Alcaldes, y Oficiales del Lugar don»de estuviere, de lo prender, y prendan, y embien preso, »y

»y bien recaudado á los Alcaldes, y Jueces del Lugar, »donde así hizo el maleficio."

81 Del uso de expedir estas requisitorias admitidas por práctica general en todos los tribunales seculares, y del pronto auxilio y execucion que respectivamente deben dar los Jueces para no entorpecer, ni dilatar la administracion de justicia, sin la qual no es posible mantener la paz y felicidad del reyno, tratáron con solidez y extension los autores de mas respetable opinion, conviniendo todos en que para hacer cumplir las requisitorias, quando las resisten ó dilatan los Jueces requeridos, se recurre al Consejo ó á las Chancillerías y Audiencias, por ser caso de corte en que interesa el beneficio general del Estado; y con un conocimiento instructivo y ligero suficiente á descubrir la mal fundada repugnancia ó dilacion del Juez requerido, se manda librar provision para que cumpla efectivamente la requisitoria; y las mas veces se le condena en las costas y en multas á proporcion de la malicia que se advierte: Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 7: Bobadill. *lib.* 2. *cap.* 13. *n.* 65.; y *lib.* 5. *cap.* 2. *n.* 36: Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disput.* 2. *n.* 38. Larr. *decis.* 82.

82 Esta buena harmonía de ayudarse los Jueces en el cumplimiento de sus mandatos y execuciones de la justicia no solo es necesaria entre los seculares, que reciben su jurisdiccion del Rey con la precisa condicion ya indicada, sino que tambien se observa por los mismos principios de utilidad pública entre los Jueces seglares y eclesiásticos. De la obligacion que tienen los Jueces Reales de prestar su auxìlio á los Jueces eclesiásticos en lo que justamente les fuere pedido para el cumplimiento de sus determinaciones disponen lo conveniente y muy estrechamente las leyes Reales, manifestándose en todas el deseo de que no se embaraze la justicia que deben hacer los Eclesiásticos, quando su autoridad no alcanza á hacerse obedecer: *ley.* 14. *y* 15. *tit.* 1. *lib.* 4: y la 6. *tit.* 4. *lib.* 1: Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 1. *vers. Eadem*

dem ratione: Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disp.* 2. *n.* 40: Perey. *de Man. reg. lib.* 2. *tit.* 8. *cap.* 52. *n.* 32.

83 Estos autores que tratáron bien del asunto observáron una diferencia notable entre los referidos Jueces, atribuyendo á los Eclesiásticos la autoridad de compeler con censuras á los seglares, que resisten ó dilatan prestar el auxîlio que les piden: *cap.* 4. *ex. de Immunitat. Ecclesiar.*: *cap.* 4. *dict. tit. in Sext.*; pero en iguales circunstancias imponen á los Jueces seglares requirentes la necesidad de recurrir á los superiores del mismo Juez que dilata, ó niega el auxîlio que se le pide.

84 Aunque el señor Covarrubias advirtió la diferencia indicada, no dió razon de ella. Carleval en el lugar citado se explicó, para autorizar y fundar esta diferencia, en los términos siguientes: *Cujus discriminis ratio est, quia secularis Judex obsequendo, ecclesiasticus vero solum patrocinando, hujusmodi auxilium impartitur*; y es lo mismo que decir que el Juez seglar está obligado á prestar el auxîlio al Eclesiástico en todos los casos que se le pida, y sujeto á su jurisdiccion para ser compelido á darlo por medio de las censuras; y que el Juez eclesiástico presta por urbanidad y atencion el auxîlio que le pide el secular.

85 Esta doctrina procede sobre principios errados: porque la jurisdiccion Real en las materias temporales y de gobierno público, que son el objeto de ella, es tan soberana, independiente y sin sujecion alguna á la Eclesiástica, como lo puede ser esta en su línea y causas espirituales y del fuero de la Iglesia; y han de llevar la misma correspondencia á ménos que se quiera introducir entre las dos jurisdicciones una sociedad leonina, en que la Real esté sujeta al arbitrio y disposicion de la Eclesiástica, obligándola con censuras á prestar el auxîlio que se la pide, y quedando en libertad la Eclesiástica de darle, quando parezca á sus Ministros, á ménos de recurrir á sus superiores por el medio del auxîlio.

86 Concurre tambien en mayor demostracion de que

que no debe admitirse la disonante diferencia, que han introducido los autores citados, la consideracion de los graves daños que este abuso puede producir al Estado en diminucion de la jurisdiccion Real; pues el temor que conciben los Jueces seglares á las censuras, y el escándalo que trae á los pueblos ver á sus Magistrados declarados y envueltos en ellas, como inobedientes á la Iglesia, los hace caer en una debilidad baxa, y afloxar en la defensa de la jurisdiccion, que les está encargada prestando muchas veces el auxìlio sin el exámen y discernimiento, que les encargan las mismas leyes Reales para entender si justamente les es pedido.

87 Para ocurrir á las turbaciones y perjuicios, que los abusos de los Jueces eclesiásticos en la imposicion de censuras á los Magistrados seculares producian freqüentemente, así en los casos de pedir auxìlio como en otros de competencia de jurisdiccion, proveyó el Consejo lo conveniente; y se expidió Real cédula en 19. de Noviembre de 1771. previniendo á los Jueces eclesiásticos que el uso de las censuras debia ser con la sobriedad y circunspeccion que dispone el santo Concilio de Trento en el *cap.* 3. *ses.* 25. *de Reformat.*; y que si alguno de los Jueces Reales diese motivo de queja, lo representasen en derechura al Consejo, ó por mano de los Fiscales para que se proveyese de remedio; y en caso de no hacerlo, pudiesen representar á S. M. por la via reservada del Despacho Universal para que tomase la providencia que fuese mas justa.

88 Estos medios pacificos y de buena correspondencia entre el sacerdocio y el imperio fuéron adoptados por muchas Iglesias, especialmente en las controversias excitadas con motivo de las órdenes del Consejo que tratan del conocimiento de las causas decimales, de las que se hace mérito en la citada Real Cédula de 19. de Noviembre de 1771., y se encarga continúen del mismo modo exponiendo al Consejo qualquier desórden ó mala inteligencia, que se hubiere experimentado por parte de

de las Justicias Reales, para que allí en vista de los antecedentes pueda tomarse la providencia con el debido conocimiento y formalidad.

89 Esta Real resolucion acordada sobre la mas seria consulta del Consejo no introduce novedad alguna en diminucion de la autoridad de la Iglesia y jurisdiccion de sus Jueces; ántes bien la mejora y conserva en su decoro precaviendo las resultas que sufrian muchas veces los mismos Jueces eclesiásticos en los recursos de fuerza, que introducian los Reales quando se hallaban oprimidos con las censuras, ó quando las partes solicitaban se suspendiese impartir el auxîlio que pedian los Jueces eclesiásticos; pues fundándose los Reales para suspenderlo ó negarlo en que la causa de que conocian los Eclesiásticos no tocaba al fuero de la Iglesia, y que de consiguiente no debia auxiliarse la execucion de sus mandamientos y sentencias, se consideraban obligados en defensa de su jurisdiccion á detener el conocimiento que habian tomado los Jueces eclesiasticos, recurriendo, quando estos los amenazaban ó estrechaban con censuras, á los tribunales superiores del territorio, en donde reside el Juez que comete la fuerza; y con sola esta sencilla exposicion acompañada con poder suficiente se admite el recurso, y se expide la provision ordinaria para que el Eclesiástico remita los autos originales, y que absuelva por quarenta dias á los que estuviesen excomulgados; y con vista del proceso sin nuevas alegaciones ni escrituras provean lo conveniente acerca de la fuerza.

90 Lo mismo sucede quando se motiva en el modo de conocer y proceder el Eclesiástico, que es otro defecto que puede dar justa causa al secular para no impartir el auxîlio que se le pide; y así como en uno y otro caso conoce el Consejo, las Chancillerías y Audiencias de la violencia que causan los Jueces eclesiásticos á la jurisdiccion Real, en quanto oprimen á los Jueces seglares y á los vasallos de S. M., anticipó el Consejo igual defensa por el medio indicado en la citada Real cédula de 19. de

de Noviembre de 1771 ; pues con la representacion de los Jueces eclesiásticos, y justificacion de los agravios que motivan sin llegar á la turbacion, que causan las censuras, enmienda el Consejo qualquiera desórden de las Justicias Reales, y les manda prestar el auxîlio en los casos que justamente les es pedido.

91 Para no interrumpir con digresiones el principal asunto de que se ha tratado en este capítulo, se omite reunir las leyes que autorizan al Rey y á sus tribunales para defender la Real jurisdiccion por medio de los recursos de fuerza, de los quales trataré separadamente en mas oportuno lugar con aquella solidez y claridad que pide un asunto en que tanto interesa la causa pública.

CAPÍTULO IX.

De la restitucion para probar pasado el término ordinario.

1 Los menores de veinte y cinco años, las Iglesias, el Rey, los concejos y comunidades pueden hacer sus probanzas pasado el término de los ochenta dias en uso de la restitucion que les compete.

2 Este beneficio no tiene lugar en los contratos ó juicios, que hayan celebrado ó seguido los mismos menores, ya se hallen en la edad pupilar, ó ya en la pubertad ántes de cumplir los veinte y cinco años: porque su nulidad los excusa de todo daño, y estan plenamente socorridos por la ley general: *ley.* 4. *y* 5. *tit.* 11. *Part.* 5: Molin. *de Just. et jur. tom.* 2. *disput.* 573. *n.* 6: Hermosill. en la *ley* 4. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 12. *n.* 42.

3 Quando los mismos contratos ó juicios se han autorizado por los tutores ó curadores con todas las solemnidades, que requieren las leyes para inducir obligacion, quedan sujetos los menores, y pueden ser apremiados á su efectivo cumplimiento, porque así lo dicta el derecho de las gentes y el interes público de la sociedad.

Pa-

4 Para exônerarse de esta ley comun obtuviéron el singularísimo privilegio de poder reclamar el daño, que padecerian si cumpliesen las enunciadas obligaciones; y como no era compatible la subsistencia de ellas con la falta de su cumplimiento, se figura que no han intervenido tales obligaciones, fingiendo que los menores se hallan en el estado y tiempo anterior á ellas, libres y expeditos para consultar sus intereses, y preservarlos de la pérdida que ya habian conocido, absteniéndose de entrar en iguales obligaciones, ya procedan de contratos ó ya de juicios.

5 Este es el término en que se completa la restitucion *in integrum*; y en él está todo el beneficio que consiguen los menores: *ley* 1. *tit.* 19. *Part.* 6. "*Restitutio* en latin, »tanto quiere decir en romance, como demanda de en»trega que face el menor al Juez, que le torne algun »pleyto, ó alguna postura, que ha fecho con otro á da»ño de si, en el estado primero en que ante estaba:" *ley* 2. *y* 3. *del propio tit. y Part.*, conviniendo unanimemente en esta proposicion todos los autores.

6 De estos principios nacen algunas conseqüencias demostradas con igual seguridad en este artículo de la restitucion: la primera que este privilegio contiene una derogacion de la ley comun, que recomienda y estrecha el cumplimiento de los pactos y obligaciones de qualquiera causa que procedan; y por este respecto es privativo de los Príncipes soberanos dispensar á los menores este privilegio, pues ningun otro puede en todo ó en parte revocar la ley, dispensarla ó declararla: *ley* 14. *tit.* 1. *Part.* 1: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

7 La misma restitucion viene á ser una ley privada á favor de los menores, y en cierta manera pública ó comun, en quanto obliga á todos los súbditos del Príncipe á que la guarden y cumplan; y esta es otra causa que la hace dependiente de la autoridad legislativa: Suarez *de Legib. lib.* 8. *cap.* 8.

8 La segunda conseqüencia consiste en los dos respec-

pectos indicados de contener la restitucion derogacion de la ley comun, y formar en sí misma otra ley que debe salir adornada de las precisas calidades de equidad, honestidad y utilidad pública, conciliando la que concurre en los casos y personas particulares, á quienes se concede este privilegio, con la general que debe conservarse en la ley comun: *ley.* 49. 50. 51. *tit.* 18. *Part.* 3. D. Thom. *Prim. secund. q.* 97. *art.* 4: Suarez *de Leg. lib.* 8. *cap.* 9. *et cap.* 6. *n.* 1. *et cap.* 21: Covarr. *de Matrim. part.* 2. *cap.* 6. §. 9. *n.* 18.

9 La razon que excitó á los Reyes para conceder á los menores el singular beneficio de la restitucion fué verlos desamparados de propio consejo por su menor edad, y sujetos necesariamente al de los tutores, curadores, ó defensores. El privilegio llamado de corte, que igualmente se concedió á los menores para llevar sus causas en primera instancia al tribunal superior del reyno, ya sean actores ó reos, es uno de los mas exôrbitantes; pues rompe las muchas leyes, que disponen que el actor siga el fuero del reo, y que se radiquen los juicios en primera instancia ante los ordinarios, en cuyo punto puede verse á Carlev. *de Judic. tit.* 1. *disput.* 2. con otros: *ley* 4. *tit.* 3. *Part.* 3: *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 4. *de la Recop.* Este privilegio se fundó tambien en la misma razon de considerar miserables á los menores por estar sujetos al arbitrio de los tutores y curadores, y expuestos á padecer abandono en sus bienes y opresion en sus personas, tanto de parte de los extraños como de los mismos tutores y curadores: *ley* 20. *tit.* 23. *Part.* 3: Covarrub. *Practicar. cap.* 6. *n.* 2. *et cap.* 7. *num.* 3. con muchos que refiere Salgado *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 27. *y* 28.

10 Las Iglesias y comunidades gozan del mismo auxilio de la restitucion *in integrum* concedido á los menores de veinte y cinco años; y como esta ampliacion del privilegio no puede tener lugar sin que precedan las causas de equidad, necesidad y utilidad pública, segun queda explicado por regla general en todo privilegio, espe-

cialmente en el que se concede contra derecho, es necesario suponer y considerar en las Iglesias, en las comunidades y en el Rey las enunciadas causas; pero como no cabe la de menor edad, ni puede recurrirse á esta calidad en el Rey, Iglesias, y comunidades, no se descubre otra que justifique su privilegio que la de estar gobernados en la administracion de sus bienes por ageno consejo y arbitrio, como lo estan los menores de edad; pues no pudiendo el Rey atender por su persona al cuidado y administracion de sus bienes y derechos, confia este encargo á las personas que elige.

11 Los bienes de las Iglesias se gobiernan al arbitrio de sus prelados y cabildos, y los de los pueblos al de los regidores y demas personas de república; y conviniendo en este punto con los menores de edad excitan la compasion y el particular cuidado de los Reyes para preservar sus bienes de los daños, que padecerian por culpa ó dolo de sus administradores.

12 Es cierto que los tutores y curadores, ya se nombren por los padres de los pupilos en la forma que disponen las leyes, ó ya lo hagan los Jueces, se consideran de notoria probidad, inteligencia y buena fe; pues qualquiera recelo ó sospecha de su conducta impide confiarles tan importante encargo. Las mismas circunstancias y aun mas recomendables concurren en los prelados de las Iglesias, en los rectores de los pueblos y en las personas elegidas para administrar los bienes y rentas del Rey; y parecia que el consejo y direccion de tales personas daria mayor seguridad á los menores en sus contratos y obligaciones y en el seguimiento de sus juicios que la que pueden alcanzar los hombres rústicos y las mugeres, á quienes sin embargo se niega el auxilio de la restitucion.

13 Concurre tambien la responsabilidad en que caen los tutores, curadores y administradores, no cumpliendo sus encargos con aquella exâctitud y diligencia que lo haria un prudente y activo padre de familias con sus propios bienes; y podrian resarcir qualquiera daño produciéndo-

ciéndole por el medio y accion ordinaria contra los mismos tutores y administradores, que es otra circunstancia que debia inclinar á dexar ilesos los contratos y las obligaciones autorizadas con las solemnidades de derecho.

14 Aunque todo lo expuesto sea así, especialmente en quanto á la inteligencia y calidad de los administradores y tutores de los menores y demas personas, que gozan del privilegio de la restitucion, les falta sin embargo la circunstancia principalísima del interes propio, que es el que excita á la actividad y rectitud en las operaciones, notándose por lo comun su indolencia y floxedad para alcanzar el beneficio ageno, y el conato con que freqüentemente tratan de conseguir el propio, abusando de sus oficios, y de la ineptitud ó desidia de los menores de edad y de las comunidades, que no tienen voz para reclamar su perjuicio, y las mas veces no lo conocen hasta que el tiempo lo descubre.

15 Los tutores y curadores llenan todo su oficio, quando ponen en la administracion de los bienes de los pupilos y menores aquella diligencia que suelen poner en sus propios bienes, y solo quedan responsables al daño que padecen los menores por su dolo ó culpa: *ley* 1. *ff. de Tutel. et rationib. distra.*: Vinnius *in §. 7. Inst. de Atil. Tutor.*

16 Si del perjuicio ó menoscabo, que reciben los menores por dolo ó negligencia de sus tutores ó curadores, ha resultado beneficio á alguna otra persona, como sucede en la venta de bienes muebles ó raices, en las transacciones ó en otros contratos, corresponden al menor dos acciones, una ordinaria contra los tutores y curadores, y otra que se considera extraordinaria por efecto de la restitucion *in integrum*; pero como las causas y las personas son diversas, no se confunden, ni son incompatibles, ántes bien se conservan á eleccion y arbitrio de los mismos menores para que puedan usar, quando hayan salido de la menor edad, dentro de los quatro años próximos, de la que tengan entónces por mas ventajosa, ya sea por

el mayor interes directo, ó por el que puedan lograr en la mas fácil, mas breve, y ménos costosa expedicion de sus acciones, sin que el uso de la una extinga en aquel punto la otra sino que la reserva hasta que se haya reintegrado plenamente del daño que recibió; y como no es fácil discernir las ventajas que por tantos respectos pueden verificarse entre los tutores y curadores, y los que posean los bienes ó derechos en que se hayan perjudicado los menores, ni seria justo restringir las acciones de estos, pues resultaria entónces que alguno de ellos quedase libre, ó con mas propiedad que no fuese responsable al resarcimiento del daño; es consiguiente que nazcan y se conserven á favor de los menores las dos enunciadas acciones, una contra los tutores por su negligencia ó dolo, y otra contra los poseedores de sus bienes por el interes que recibiéron, y no pudo entónces precaver el menor.

17 Por estos principios se demuestra que aunque estas dos acciones fuesen iguales en el objeto de manera que con una y otra recibiesen un propio interes, se verifica grande utilidad á favor del menor en la concurrencia de las mismas dos acciones, y en la opcion para usar de qualquiera de ellas.

18 En esta proposicion está reunido todo el fundamento de las leyes y de los autores que la reciben con uniformidad habiéndola puesto en el estado de ser ya un principio en esta materia: *leg.* 39. *§.* 1. *ff. de Minorib. Quæro, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus quæ proponerentur, vix esse eum restituendum: nisi maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit, ei præstare: maxime cum sit ei paratum auxilium, curatoribus ejus idoneis constitutis: leg.* 3. *Cod. Si tutor vel curator interv. Etiam in his quæ minorum tutores, vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali actione à tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit. Leg.* 5. *Cod. eod. Etiam tutoribus vel cu-*

curatoribus distrahentibus, vel aliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, quam tutorum, vel curatorum damna sequi, nullo eis præjudicio per electionem generando, placuit: Molin. *de Just. et jure tract.* 2. *disput.* 573. *n.* 5: Greg. Lop. *in leg.* 2. *tit.* 19. *Part.* 6. *glos.* 2: Hermosil. *in leg.* 4. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 12. *n.* 40. 41: Cancer. *Var. part.* 3. *cap.* 2. *n.* 88.

19 El daño del menor, el haberle venido por su debilidad en tiempo de su menor edad, ó por negligencia ó engaño de su guardador, defensor ú otro forman todo el fundamento de su restitucion: *ley* 2. *tit.* 19. *Part.* 6. "É de tal menor como este se entiende que si »daño, ó menoscabo rescibiere por su liviandad, ó por »culpa de su Guardador, ó por engaño quel ficiese otro »ome, que debe ser entregado de aquella cosa que per- »dió, ó que se le menoscabó, por qualquier destas tres »razones:" *ley* 3. *del mismo tit. y Part.*: "Conosciendo, »ó negando en juicio, el menor, ó su Guardador, ó su »Abogado, alguna cosa porque menoscabase, ó perdiese »de su derecho; ó dexando de poner defension, ó otra »razon, de que se pudiese aprovechar:" *ley* 8. *del mismo tit. y Part.* "É esta restitucion puede demandar en todo »pleyto, ó conoscencia, que él oviese fecho á daño de »sí, ó su Guardador, ó su Abogado." De aquí es que debe ser del cargo del menor probar el daño y todas las demas circunstancias que completan su intencion, haciéndolo con citacion y audiencia de la parte que demanda, pues sin este prévio requisito no le perjudicaria la probanza. Esto es lo que persuaden los principios generales que estan por la subsistencia de los contratos ó juicios en que han intervenido las solemnidades de derecho, y que su rescision puede solamente franquearse por una demanda en que se acredite la equidad, que es efecto del daño del menor, como se comprueba especialmente en el asunto de las restituciones por las mismas leyes que las introducen: *ley* 1. *tit.* 13. *Part.* 3. "É monstrando el »daño que le ende viene, si non tornase el pleyto de cabo,

»en

»en aquel mismo estado que era, ante que la conoscencia »fuese fecha:" *ley* 2. *tit.* 19. *Part.* 6. "Provando el daño, »ó el menoscabo, é que era menor de veinte y cinco años, »quando lo recibió: ca, si esto non fuese provado, non »se desataria lo que fuese fecho, ó puesto con él, ó con »su Guardador:" *ley* 5. *del mismo tit. y Part.* "É el Juez »dévelo facer, si fallare en verdad, que el pleyto fizo »seyendo menor de veinte y cinco años, é fuese prova- »do el empeoramiento, é el menoscabo, que le viene »porende:" *ley* 6. *del mismo tit. y Part. in fin.* "Porque »siempre ha de provar dos cosas el que demanda resti- »tucion: la primera, que era de menor edad á la sazon »que fizo el pleyto, ó la postura; la segunda, que la »fizo á daño, é á menoscabo de sí:" *ley* 7. "Pero quando »esto oviere de facer, deve ser delante los acreedores de »la heredad, que sepan qual es la razon, porque la des- »ampara:" *ley* 8. "É el Juez deve llamar ante sí la otra »parte, á quien facen la demanda, é si fallare que el »pleyto, ó la conoscencia, ó el juicio sobre que deman- »da la entrega que fué fecha á daño del menor, déve- »le tornar en aquel estado en que era ante:" *ley* 4. *tit.* 14. *Part.* 3. "Tenudo es aquel, que quiere quebrantar el »pleyto de provar dos cosas. La una, quel era me- »nor en aquel tiempo que aquel pleyto fizo. La otra; »que fué fecha con engaño, ó con daño de sí. Ca si »estas dos cosas non provase, non se podia desatar el »pleyto."

20 Qual sea el daño que ha de probar el menor, y en que cantidad para dar entrada á su pretendida restitucion, no está determinado por las leyes; y de aquí toman ocasion los autores para dividirse en sus opiniones llenando de obscuridad y confusion á los profesores y á los Jueces, que no tienen todo el discernimiento necesario para asegurar la mejor eleccion en los casos que ocurran.

21 Si se consultan las leyes que van citadas, se hallará que solo piden para la restitucion que haya daño ó menos-

ca-

cabo del menor; y esta indefinida expresion, que equivale en buena jurisprudencia á la universal, se verifica cumplidamente en qualquiera daño ó menoscabo, no siendo lícito distinguir entre el mayor ó el menor quando no lo distinguen las leyes.

22 En la 2. *tit.* 19. *Part.* 6. se dice. "E de tal me»nor como este se entiende, que si daño, ó menoscabo »rescibiere:" en la 3. "Porque menoscabase, ó perdiese »su derecho:" en la 5. "A su daño, ó cambiando su »debdo por otro peor:" en la 6. *al fin.* "Que la fizo á »daño, é menoscabo de si:" en la 7. "Si entendiese que es »daño del mozo en tener la heredad:" en la 8. "A daño del »menor:::: A daño de si:" todas las del *tit.* 19. *Part.* 6.

23 Otras muchas leyes y disposiciones canónicas hacen mérito del gran daño del menor distinguiéndole á veces con el dictado de enorme para dar entrada á la restitucion que solicita. La citada *ley* 4. *tit.* 14. *Part.* 3. hablando de las dos cosas que ha de probar el menor para quebrantar el pleyto por efecto de la restitucion dice con respeto á la segunda "que fué fecha con »engaño, ó á gran daño de si:" la 1. *tit.* 13. *de la mis. Part.* repite dos veces el "gran daño del huérfano" para que tenga lugar la restitucion contra la *conoscencia* que hubiese hecho á presencia y consentimiento de su guardador: ibi: "Pero si la conoscencia se tornase á gran »daño del huérfano:::: é si el Rey, ó el Juez entendieren »que aquella conoscencia se tornase en gran daño del »huérfano, dévenla revocar."

24 La *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6. tratando de las cosas del menor que se venden en almoneda dice que si despues que alguno las hubiese comprado viniese otro, que dixese que daria mucho mas por ellas, que puede pedir el menor al Juez que vuelva las cosas el que las habia sacado de la almoneda, y que las dé al otro que da mas por ellas: "é el Juez dévelo facer, si entendiere que »es gran pro del mozo."

25 En la oferta del nuevo comprador no se satisfa-

face la ley solamente con que dé mas, sino que requiere que *sea mucho mas*, y la providencia del Juez debe tomarse sobre el conocimiento de que logre el *mozo gran pro* en aquel ofrecimiento.

26 El *cap.* 11. *de Reb. Eccles. alienand.* refiere el feudo otorgado por la Iglesia en ciertos bienes propios, y la reclamacion que despues de muchos años hizo el mismo monasterio para recobrar los bienes dados en feudo; y para que tenga lugar en este caso la restitucion, es necesario probar que el monasterio sufriese enorme dispendio: *Propter hoc inveneritis enorme dispendium incurrisse.*

27 Para conciliar las enunciadas disposiciones, y poner en la debida claridad el uso que se debe hacer de ellas en los juicios y sus determinaciones, conviene establecer por regla general que si el daño que padece y prueba el menor es de corta entidad, no se debe deferir á la restitucion que pretende, y se mantiene el contrato ó juicio que le hubiere causado, porque en las acciones ó remedios, que deben su orígen á la equidad y á la compasion, no deben cuidar los Magistrados de cosas pequeñas; pues resultarian grandes daños al Estado de repetirse con freqüencia tales reclamaciones rompiendo la fe de los contratos, que rara vez pueden ajustarse á los ápices de su valor, especialmente quando el de las cosas no está determinado por la ley, y admite sus grados entre el ínfimo al supremo, y aun estos estarian pendientes del arbitrio de los testigos.

28 El daño del menor ha de merecer justo aprecio en el Juez; y de éste hablan las leyes quando ponen indefinidamente el daño ó el menoscabo del menor, y entónces podrá considerarse y tenerse por grande este daño, que ha de mover al Juez á conceder la restitucion respecto del mínimo que debe despreciar.

29 Para usar de la restitucion se conceden á los menores, á las Iglesias, á las comunidades, y á todos los demas que gozan de igual privilegio, el término de quatro años, los quales empiezan á correr en los menores

res desde que cumplen los veinte y cinco años, y en las Iglesias y comunidades al tiempo de los contratos y juicios de que les nace el daño que intentan reparar: *ley* 8. *tit.* 19. *Part.* 6. *al fin*, y la 9. *del mismo tit. y Part.*

30 Para usar de la restitucion dentro de los quatro años señalados basta que prueben los menores, y las demas personas que gozan de este privilegio, aquel perjuicio, que con respecto al negocio de que se trata sea estimable en el arbitrio prudente del Juez, sin que sea necesario que toque en el extremo de ser grande ó enormísimo; y entónces llena la restitucion *in integrum* todos sus efectos, no solo en los bienes que se recobran sino tambien en los frutos que hayan producido desde el dia del contrato, aunque los haya consumido el poseedor; pues como se retrotrae el menor al tiempo anterior al contrato, que motivó la posesion y dominio del comprador, se quita del medio toda convencion, y se finge que no la hubo, y que el menor se ha mantenido constantemente en la posesion de los bienes vendidos sin haberla perdido ni un momento: *ex legib. quas refert* Covarr. *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 1.

31 Quando excede el daño de la mitad del justo valor ó precio de las cosas que vende ó compra el menor, puede usar para repararlo de dos acciones: una ordinaria que nace de la *ley* 2. *Cod. de Rescind. vendition.* y sus concordantes: *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *Recop.*: *ley* 16. *tit.* 11. *Part.* 4: *ley* 56. *y* 62. *tit.* 5. *Part.* 5.; y otra extraordinaria por el beneficio de la restitucion. Por la primera accion dexará el menor al arbitrio y eleccion del que le compró sus bienes que le repare el perjuicio, volviéndole los mismos bienes ó supliendo el precio hasta el justo de su valor: *ex citatis número próximo*; pero por la restitucion logra determinadamente recobrar la cosa vendida, que es en lo que consiste la mayor ventaja de este auxilio; y por esta razon es compatible y útil la union de estos dos remedios en el menor, como se ha fundado en lo principal de este discurso; pero ya use de uno ó de

otro remedio, debe hacerlo dentro de los quatros años que señalan las mismas leyes, contados desde que cumplió el menor los veinte y cinco.

32 En el Rey, Iglesias, concejos y comunidades concurren las mismas dos acciones con los fines y ventajas que se han explicado en los menores; pero con un nuevo beneficio que no tienen estos, y consiste en que aquellos pueden usar de la restitucion en el caso de ser perjudicados en mas de la mitad del justo precio hasta treinta años desde el dia que fué hecho el enagenamiento de la cosa: *ley* 10. *tit.* 19. *Part.* 6.

33 Este exceso y enormísima lesion es necesaria para que tenga lugar el uso de la nueva restitucion pasados los quatro años; y de esta habla, y debe entenderse el *cap.* 11. *ext. de Reb. Eccles. alienand.*

34 Su literal contexto manifiesta que en aquella venta padeció la Iglesia lesion enormísima, y que la restitucion *in integrum* se pidió pasados los quatro años desde el dia del contrato. La prueba de lo primero se presenta en la simple relacion de los hechos que contiene el citado capítulo, señaladamente en quanto afirma haberse vendido la heredad por el precio de ochenta libras, y que el comprador habia percibido de sus frutos en solo el primer año el todo de las ochenta libras y algo mas: *Quod idem octoginta libras persolveret::::: præsertim cum idem laicus primo anno de ipsius proventibus ultra summam percepit prætaxatam.*

35 La segunda parte, esto es, que la restitucion fué pedida despues de los quatro años, se manifiesta por aquellas palabras: *Et per multos postmodum annos sumpserit ejus fructus.*

36 De estos dos supuestos, en que se conforman los expositores, se deducen dos conclusiones: la primera que la Iglesia quando en sus contratos padece grande daño, tiene ademas del auxîlio de la restitucion ordinaria que compete á los menores, y cuyo uso está limitado al tiempo de los quatro años, otro nuevo y mas privilegiado be-

ne-

neficio para poderse reintegrar, usando de él dentro de treinta años; y para este caso tan extraordinario y singularísimo es necesario que el perjuicio sea enormísimo, como se verificaba en el caso del citado *cap.* 11. y en el de la *ley* 10. *tit.* 19. *Part.* 6.

37 La segunda conclusion consiste en que lá restitucion, que propone la Iglesia fuera de los primeros quatro años, es limitada á la cosa vendida ó en qualquiera otro modo enagenada.

38 Esta diferencia respecto á la restitucion *in integrum* ordinaria, de la que se usa en el referido término de los quatro años, consiste segun opinion de algunos en que la extraordinaria restitucion (pues así llaman á la que se produce pasado dicho tiempo) procede de gracia, y no debe tener efectos tan cumplidos.

39 Otros autores aseguran que el no venir los frutos en la restitucion del citado *cap.* 11. es por la especialidad del feudo con que se enagenáron los bienes de aquel monasterio, ya sea por el servicio personal que habia prestado el comprador, ó por el trabajo que tuvo en pagar á los acreedores del mismo monasterio: Covarrub. *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 15: Gonzal. *in dict. cap.* 11. *ext. de Reb. Eccles. alienand.*

40 Todas las restituciones, de que se ha tratado hasta ahora en este capítulo, tienen por objeto reintegrar al menor del perjuicio que hubiese sufrido en sus contratos con menoscabo de su patrimonio, y en todas se trata de evitar el daño, y por esta razon se hace mas recomendable á la equidad y compasion de los Jueces.

41 Pero aun hay otra restitucion de que usan los menores en causas lucrativas para que su utilidad sea mayor, aunque no preceda daño, como sucede en la enagenacion de sus bienes executada en subhasta ó almoneda; pues aunque se halle perfecta la venta pasado el término señalado para ella, y entregada la cosa al comprador en quien se remató, tiene lugar la restitucion si viniese otro licitador que ofreciese dar mucho mas por ella.

42 La *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6. no dexa que dudar en la proposicion antecedente con aquellas palabras: "E aun »decimos, que si alguna cosa del menor de veinte y cinco »años fuese metida en almoneda, é la comprase alguno, é »despues deso viniese otro que dixese que daria mucho »mas por ella; que puede pedir otrosi al Juez, que torne »aquella cosa el que la avia sacado del almoneda, ó que »la dé al otro que da mas por ella; é el Juez dévelo fa»cer, si entendiere que es gran pro del mozo."

43 Lo mismo se hallaba dispuesto en la *ley* 7. §. 8. *ff. de Minorib. vig. quin. an.*, y han seguido con mucha uniformidad los autores: Amato *part.* 1. *resol.* 38. *n.* 21: Acevedo *in leg.* 2. *tit.* 1. *lib.* 2. *n.* 11. Bobadilla *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 24: Salgado *Labyrint. part.* 2. *cap.* 2. *n.* 33.

44 A la venta de los bienes raices de los menores precede el conocimiento exâcto de la urgente necesidad que obliga á su enagenacion, interponiendo el Juez su autoridad y decreto judicial, y se procede á la subhasta pública para evitar fraudes, colusiones y perjuicios del menor, y asegurar que reciba íntegro el justo precio de sus bienes: *ley* 60. *tit.* 18. *Part.* 3., y la 18. *tit.* 16. *Part.* 6. Todas estas precauciones suelen no alcanzar á veces á precaver la malicia de los que intervienen en estas ventas, y llegan á padecer los menores grandes lesiones tocando en el exceso de la mitad del justo precio; y con la experiencia de iguales sucesos declaró la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.* que el remedio que competia generalmente por la lesion enormísima tuviese lugar, aunque las ventas se hiciesen por almoneda, conviniendo por conseqüencia en que los menores podian usar de la restitucion en este caso segun queda demostrado; pero de qualquiera de los dos remedios indicados que á su eleccion usen los menores, siempre deben probar el daño, porque es el fundamento de sus acciones.

45 No sucede así en el caso de la citada *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6.; pues no supone, ni aun enuncia, que la alhaja del menor vendida en almoneda hubiese sido rematada en

en ménos del justo precio, ni que se hubiese faltado á las solemnidades necesarias; y solo sí se funda en que se ofrecia dar *mucho mas* por ella, consistiendo el privilegio de esta restitucion en la mayor ganancia que lograria el menor si se rescindiese aquel contrato celebrado en almoneda pública; y siendo la condicion del que trata de captar lucro ménos recomendable que la del que solicita evitar su daño, era consiguiente que se buscase y concurriese en aquel mayor causa, qual se estimó la de ofrecer *mucho mas* por la cosa vendida, y que en ello considerase el Juez *gran pro del mozo*, circunstancias que no son necesarias para que tenga lugar la restitucion dirigida á reponer el menoscabo, que han padecido los menores en sus contratos, aunque se hayan autorizado con todas las solemnidades de derecho.

46 Ni la citada *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6. explica la cantidad que ha de ofrecer el nuevo licitador para que tenga lugar la restitucion, ni determina la que haya de ser para tenerse por *gran pro del mozo* dexándola por conseqüencia al arbitrio del Juez, como lo indica bien claramente la misma ley en quanto dice: "E el Juez dé»velo facer si entendiese que es *gran pro del mozo.*"

47 El uso de este arbitrio se ha de acomodar á las diferentes circunstancias de los casos que no pueden sujetarse á regla cierta, quedando todas á la prudente consideracion del Juez con algunas advertencias y observaciones, que hacen los autores que tratáron con mas juicio esta materia: Gutierrez *Practic. lib.* 1. *q.* 38. *n.* 4. Covarrubias *Var. lib.* 1. *cap.* 3. *n.* 11.

48 Otra duda se presenta en la misma ley; pues suponiendo el ofrecimiento de mucha mas cantidad, que hacia el nuevo licitador despues de celebrado el remate en otro, continua con la siguiente disposicion: "Que »puede pedir otrosí al Juez, que torne aquella cosa el »que la avia sacado de la almoneda, é que la dé al otro »que da mas por ella: é el Juez dévelo facer si enten»diese que es gran pro del mozo."

La

49 La primera parte de la enunciada disposicion procede sin reparo, esto es, que el que habia sacado la cosa de la almoneda, la torne ó vuelva; pero la segunda, "é que la dé al otro que da mas por ella," manifiesta que con solo el ofrecimiento de dar mas por la cosa vendida y rematada en el primer postor, se ha de entregar al segundo que da mas; aunque esto no es así, porque vuelta la cosa por el primer comprador debe continuarse la almoneda sobre la segunda postura por el término que señalare el Juez, y admitirse dentro de él qualesquiera mejoras que se hiciesen, ya sea por el primer comprador ó por otro rematándose en el dia que se señalare en el que mas diere; y solo en el caso de que no se adelantase la mejora hecha por el que motivó la restitucion, se remataria en éste, y se le daria como insinúa la citada ley: Bobad. *lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 21: Gutierrez *Práctic*ar. *lib.* 1. *q.* 38. *n.* 1. *in fin.*

50 De esta manera la entienden los autores citados, conforme á los buenos principios que se han establecido en este artículo; porque la restitucion pone al menor en el estado que tenia la almoneda ántes de cerrarse con el primer remate; y finge que éste no intervino, ni excluyó el gran provecho que ofrece al menor el nuevo licitador; y si éste hubiese hecho su mejora ántes que realmente se hubiese rematado la cosa, correria sin duda aquella puja en la misma almoneda publicándose hasta su remate, y admitiendo las mejoras que sobre ella hicieren; y lo mismo debe suceder en el caso de la ficcion legal que remueve aquel primer remate, como si no se hubiera hecho.

51 El término, que debe concederse para continuar esta nueva subhasta, pende tambien del arbitrio del Juez, y regularmente se concede la mitad del primer término, como se hace en las probanzas que hacen los menores en virtud de esta restitucion pasado el ordinario de la ley, de lo que se tratará luego con mayor discernimiento. En confirmacion de estos principios el Con-

se-

sejo usa de su autoridad á beneficio del menor en la venta de sus bienes raices, no solo quando hecho ya el remate en el mayor postor de la subhasta viene otro ofreciendo mucho mas, sino quando concibe probablemente atendidas las circunstancias de aquella almoneda y de los bienes que se venden en ella, que podrá esperar mayores ventajas en el precio si se repitiese por nuevo término, pues entónces manda de oficio que se vuelvan á sacar los bienes á subhasta por el que señala, que no puede exceder de la mitad del primero que se circunscribe al de quarenta dias.

52 Dentro de que tiempo deba hacerse el ofrecimiento de la mejora contando desde que se celebró el remate en el primer postor, es otra duda mas grave que las antecedentes; pues ni la explican las leyes, ni la tratan los autores. Para tomar en ella alguna resolucion ménos arriesgada he reconocido, meditado y combinado muchas veces los términos de las subhastas en los arrendamientos de rentas Reales.

53 Por el término de quarenta dias se publican para el primer remate, y en ellos se pueden hacer y deben admitirse las posturas, pujas y mejoras en poca ó en mucha cantidad: *ley* 2. *tit.* 13. *lib.* 9.; pero celebrado el primer remate con todas las solemnidades que ordenan las leyes, se continúa la publicacion de las rentas por otro término que no sea menor que el de quince dias; y en estos pueden hacerse, y deben admitirse las pujas y mejoras de diezmo entero ó medio diezmo sobre la cantidad, en que se hallaren rematadas en el primero y anterior remate; esto es, que si importare mil reales, el diezmo entero será ciento y el medio cincuenta.

54 El referido término de los quince dias se puso para impedir á los contadores y oficiales Reales que hiciesen con precipitacion el segundo y postrero remate, sin esperar el tiempo oportuno á que pudiesēn venir nuevos licitadores; y por conseqüencia quedó limitada á dicho término la facultad de hacer las enunciadas pujas

jas de diezmo ó medio diezmo: *ley 2. tit. 13. lib. 9. de la Rec.*

55 No sucedió así en la puja del quarto, pues habiéndose tenido por irrevocable el contrato cerrado con el segundo remate, se inventó el medio de conciliar su firmeza con el favor de las rentas, prohibiendo que dende en adelante no se recibiese mayor precio ni puja ni media puja ni otro precio mayor ni menor, salvo que la puja fuese tanta quanta monta la quarta parte de la renta y no en otra manera, ó de consentimiento de las partes á quien toca: *ley 5. tit. 13. lib. 9. de la Rec.*

56 En esta ley se omitió señalar el tiempo en que podia hacerse la puja del quarto; pero se tocáron muy luego los graves inconvenientes que resultaban de esta inadvertencia, pues los que intentaban mejorar la renta con la enunciada puja del quarto, se persuadian poderlo hacer hasta el último dia del tiempo que comprehendia el arrendamiento; y haciendo conocer este abuso la necesidad de poner límites al deseo de mejorar las rentas en la quarta parte, señaló la ley tres meses contados desde el último remate y su recudimiento: *ley 6. tit. 13. lib. 9. de la Rec.*

57 De estos antecedentes se infiere con evidencia la urgente necesidad de que se estableciese por ley el tiempo, en que podrian ofrecerse las cantidades que calificasen el gran *pro del mozo* para rescindir las ventas de sus bienes que fuesen hechas en almoneda pública; pues en los arrendamientos de las rentas Reales habia á lo ménos término en que debian fenecer, y de consiguiente limitaban á este mismo término las pujas del quarto; pero en las ventas de los bienes raices de los menores, como son perpetuas, podrian los licitadores tomarse todo el tiempo que quisieren para rescindir aquel contrato haciendo las mejoras que indican las citadas leyes; y vendria á estar el comprador siempre inquieto en su dominio y posesion, y expuesto á entregar los bienes comprados en qualquiera tiempo que se hiciesen los tales mejoramientos, sufriendo las mas veces un costoso pleyto pa-

para liquidar y recobrar las expensas que hubiere hecho.

58 Para ocurrir á tan notables inconvenientes, considerando que los menores no pueden ser tan recomendables en el punto de que se trata, me parecia que entretanto que se determine por ley el tiempo en que puedan hacerse pujas y mejoras sobre los bienes de los menores rematados en almoneda, ha de usar el Juez de un arbitrio prudente, admitiendo dichas mejoras siendo próximas al remate, y dentro de aquel tiempo que considere oportuno, y que no resulte gran daño al comprador en volver los bienes y recoger su precio; pues si no se precaviese este temor, se retraerian los compradores, y vendria á resultar un daño general á los mismos menores.

59 Supuestos estos conocimientos, que tocan en lo general á las restituciones *in integrum*, podrán aplicarse con mejor discernimiento á la particular que corresponde á los menores para hacer su probanza pasado el término de la ley.

60 Es cierto que en qualquier estado del juicio que venga daño al menor por su ligereza, ó por omision y culpa de su guardador, defensor y abogado, puede repararlo pidiendo la restitucion *in integrum*.

61 Del daño que puede recibir en la omision de la prueba y de su enmienda tratan las leyes con especial discernimiento en todas las partes y tiempos de su restitucion. La *ley* 3. *tit.* 19. *Part.* 6. dice lo siguiente: "Conosciendo, »ó negando en juicio, el menor, ó su Guardador, ó su »Abogado, alguna cosa, porque menoscabase, ó perdiese »su derecho; ó dexando de poner defension, ó otra ra»zon, de que se pudiese aprovechar; puede demandar al »Juez, que torne el pleyto en el estado en que era ante, »é que non se le embargue su derecho por ninguna de »estas razones sobredichas; é el Juez dévelo facer."

62 La *ley* 8. *del propio tit. y Part.* confirma la decision antecedente en estos términos: "É esta restitucion »puede demandar en todo pleyto, ó conoscencia, que él »ovie-

»oviese fecho á daño de sí, ó su Guardador, ó su Abo»gado."

63 Por la *ley* 5. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.* se prohibe presentar y exâminar testigos en primera instancia despues de publicados los recibidos en el término de la ley; y por limitacion de esta regla se añade, "salvo por »restitucion en caso que haya lugar de se conceder con»forme á la ley tercera, título octavo de este libro."

64 En esta *ley* 3, á que se refiere la anterior, se dice lo siguiente: "Porque la experiencia ha mostrado »quanto daño se ha rescebido en hacer probanza por via »de restitucion despues de las probanzas publicadas; por »la sobordinacion de testigos, y corrupcion; queriendo »obviar á la tal malicia, ordenamos, y mandamos que si »qualquiera de las partes pidiere en la primera instancia »restitucion *in integrum* para hacer su probanza, por ser »en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna »parte, ó persona, ó Universidad, que tenga privilegio, »ó derecho para la pedir, que agora haya hecho proban»za, ó no, se le conceda, y otorgue, pidiéndola dentro »de quince dias despues de la publicacion."

65 En las antecedentes disposiciones debe observarse lo primero que aunque el menor para pedir restitucion del daño que padeció en los contratos, de que he hablado en el principio de este capítulo, debe probar precisamente dos cosas, que son el daño y la menor edad al tiempo en que lo recibió, queda relevado de la necesidad de probar daño alguno en la restitucion de hacer su probanza; pues consistiendo en ella toda la fuerza de la causa y el vencimiento favorable, segun se ha expuesto y demostrado en el cap. VIII. núm. 3, la omision de esta natural defensa, que es un hecho que consta del proceso, hace una prueba notoria del daño con que está amenazado el menor en aquella causa; pues si es actor con solo no probar su intencion la pierde, aunque el reo no proponga ni pruebe excepcion alguna; y si estuviese en esta clase el menor, queda á lo ménos muy expuesto á res-

responder de lo que se le demanda, probando el actor su intento; y como ignora las pruebas que hayan hecho en contrario en el término comun de la ley, solo le queda el auxìlio de executar las suyas que ha omitido en aquel término usando de la restitucion despues de él.

66 Todas estas disposiciones, y los fundamentos en que se justifican, proceden sin reparo en el caso de no haber hecho el menor probanza alguna; pero habiendo executado la que estimáron conveniente sus defensores, parecia necesario que probase el menor, para obtener restitucion de ampliar la prueba, que la hecha no alcanzaba á probar plenamente su intencion, y que estaba expuesto á perder la causa si no la aumentaba; y este exámen y conocimiento, aunque fuese instructivo y breve, traeria gravísimos inconvenientes por ser necesario para estimar este incidente cotejar los hechos de la prueba del menor con el mérito de la causa principal, descubriendo el Juez en su progreso el juicio que hacia de ella ántes de llegar á la definitiva; y aun entónces seria poco segura la decision en deferir á la restitucion, ó negarla; y en el conflicto del daño que podria sufrir el menor si se excluyese la restitucion pedida, y el que podria traer la dilacion de la causa por admitirla, debe ocurrirse en qualquiera duda al primero, así porque toca á su natural defensa como porque el juicio del Juez inferior acerca de estimar la probanza hecha por el menor en el término ordinario de la ley, no le pondria en seguridad de sus derechos; pues el Juez de la segunda y ulteriores instancias podrian dudar de aquella prueba, y apetecer otra mas completa que hubiera hecho el menor en uso de la restitucion pretendida, y no podria practicar en la segunda instancia por ser relativa á los mismos artículos ú otros derechamente contrarios propuestos y comprehendidos en la prueba de la primera instancia.

67 Tambien tiene término señalado el menor para pedir esta restitucion conviniendo en esto con la que corresponde á los contratos y prescripciones, de que se

ha tratado en los preliminares de este capítulo; pero el enunciado término para usar de la restitucion en las probanzas ha tenido alguna variacion, segun se percibe de las mismas leyes citadas.

68 En la 5. *del tit.* 6. *lib.* 4. se permite al menor usar de restitucion despues de publicados los testigos sin determinar tiempo; y es consiguiente pudiera hacerlo hasta la sentencia difinitiva, y sin duda lo usáron así en inteligencia y observancia de la citada ley; pero aquí no pudiéron ménos de tocar gravísimos inconvenientes, señaladamente el de sobornar y corromper los testigos que se presentaban á nombre del menor, tomándose para ello el largo tiempo que mediaba desde la publicacion hasta la sentencia, en cuyo intermedio se habrian instruido bien por el proceso de los dichos de los testigos presentados por las partes contrarias.

69 Para ocurrir á estos abusos que habia mostrado la experiencia, y se motivan expresamente en la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4, se restringió aquel término indefinido desde la publicacion á la sentencia al preciso de quince dias, *ibi*: "Pidiéndola dentro de quince dias despues »de la publicacion."

70 La desconfianza y los recelos de que no bastase la restriccion del término de los quince dias á contener la malicia de los que abusaban á nombre del menor del auxîlio de la restitucion para dilatar la causa, obligó á los legisladores á precaverla con la pena que se debia imponer y exîgir, haciéndola depositar para la mas pronta execucion en el caso de que no probase el menor los artículos que proponia.

71 El señalamiento de esta pena quedó al arbitrio de los Jueces que conocian de la causa; pero la necesidad de ella, y el depósito de la que determinase, era efecto de la misma ley: *ibi*: "Y que se le ponga pena segun bien »visto fuere á los del nuestro Consejo, ó al Presidente, y »Oidores, que conoscieren de la causa: y que no se res»ciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince »dias;

»dias; la qual dicha pena luego deposite el que así pi»diere la dicha restitucion ::::: y no se depositando lue»go la dicha pena, mandamos que no se resciban, ni ha»yan efecto los autos porque se pone; y porque depo»sitándose mas ligeramente se puede executar contra los »que en ella cayeren."

72 Esta última parte de la disposicion no tiene uso en la práctica de los tribunales, como de los inferiores lo indicó Acevedo en la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. *n.* 42; bien que lo mismo sucede ahora en los tribunales superiores. La razon que pudo mover á los Jueces para disimular la pena, y condescender sin ella á la restitucion, consiste en que por el miedo de la pena se contendrian los menores, y aventurarian su derecho por falta de prueba, quedando muy expuestos á que los testigos, de que se valiesen, variasen sus deposiciones, y quedasen sujetos á sufrir sin arbitrio la pena impuesta, convirtiéndose entónces esta precaucion por la malicia presunta en daño de la defensa natural, que es siempre muy recomendable, y mas particularmente en los menores que no pudiéron hacer por sí su prueba en el término comun de la ley.

73 Las pruebas de las segundas instancias en los casos que ha lugar á ellas, conforme á lo dispuesto en las *leyes* 4. *y* 5. *tit.* 9. *lib.* 4, se hacen y observan con las mismas prevenciones para ocurrir á la malicia de los que piden restitucion, y aun se añade alguna otra en la citada *ley* 5. que en su primera parte dispone que de las nuevas excepciones opuestas en la segunda instancia, que no se pusiéron, ó no fuéron recibidas en la primera, las partes sean recibidas á prueba: que el término para las probar sea arbitrario con tal que no exceda del que fué dado en la primera instancia: que pasado se conceda restitucion á la parte que la pidiere, si fuere de las que gozan de este beneficio, con tal que jure que no la pide por malicia, y que cree y entiende probar lo que así alega: que sea pedida dentro de quince dias despues de la publicacion: que se le imponga pena; y que se le niegue otra restitucion.

Tam-

74 Tambien se pusiéron límites á la restitucion que se pide para poner nuevas excepciones en primera instancia; pues teniendo señalados sus términos para las alegar y oponer, *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 4, si no lo hiciesen dentro de ellos, y pidiesen restitucion para oponerlas de nuevo, se les concede con tal que la pidan ántes de la conclusion para difinitiva. Este término indefinido entre la publicacion y conclusion para difinitiva es equivalente al que se permitia por la *ley* 5. *tit.* 6. *lib.* 4. despues de publicados los testigos á fin de pedir restitucion para probar los menores; pero así como se restringió este término al de los quince dias despues de la publicacion, tambien debe entenderse limitado á los mismos quince dias para oponer nuevas excepciones, de que trata la citada *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 4. *de la Recop.*

75 La uniformidad en la inteligencia de las dos leyes enunciadas se asegura mas atendiendo á que fué uno mismo el autor de ellas, y se estableciéron en las cortes de Alcalá, Era de 1386.

76 El término que se concede al menor para hacer su prueba por via de restitucion es la mitad del que se dió primero para hacer la probanza principal; y la otra parte, aunque no sea menor, puede gozar del mismo término si quisiere para hacer su probanza, segun y como lo puede hacer la parte á quien fuere otorgada la restitucion: *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4.

77 Estas dos particulares disposiciones relativas á la mitad del término, y á que pueda usar de él la otra parte, proceden sobre el sistema de los principios establecidos acerca de la restitucion *in integrum*, siendo el principal retrotraer al menor al tiempo anterior al daño recibido, y fingiendo que estuvo siempre en aquel estado, libre y expedito para removerle; y en su conseqüencia se considera el menor dentro del término ordinario de la ley, y es indispensable ponerle en el oportuno y conveniente para que logre y pueda cumplir el fin de hacer su probanza, y con este objeto se le dispensa la mitad del tér-

término que se dió conforme á la ley; y como por efecto de la misma ficcion vuelve el menor á estar en el término comun, del qual podrian usar las otras partes, si realmente no se hubiera cumplido el señalado por la ley, el mismo influxo y efecto ha de causar la ficcion: Gom. *in leg.* 9. *Taur. n.* 60: Gutierr. *Practicar. lib.* 1. *cap.* 122. *n.* 1. *vers. Sed his non obstant*: Barbos. *in leg.* 19. *ff. de Judiciis n.* 102: Vela *dissert.* 27. *n.* 9.

78 En la enunciada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4, y en las demas que tratan de la restitucion y van citadas, se dispone que en la misma sentencia que se le otorgare se le deniegue otra restitucion. Esta parte se justifica, y procede del mismo sistema y principio de reducirse el efecto de la restitucion al de la ficcion retrotractiva, y es consiguiente que no se puedan verificar dos procedentes de una misma causa, y dirigidas á un propio objeto: Vela *dissert.* 31. *n.* 20. ibi: *Duplex namque fictio ex eodem fonte circa idem proveniens, jure non admittitur*: Menoch. *de Præsumpt. lib.* 1. *q.* 8. *n.* 23. *y* 24.

79 Si pasado el término ordinario de la prueba, que es el supuesto que da entrada á la restitucion *in integrum* cumpliese el menor los veinte y cinco años, dudan algunos si podrá pedirla. Acevedo en la *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. dice que cumpliendo los veinte y cinco años ántes de la publicacion de probanzas, si despues fuese hecha con toda la solemnidad debida, no tiene lugar la restitucion; pero cumpliéndolos despues de la publicacion y dentro de los quince dias, que concede la ley á los menores para pedirla, que tiene lugar, y concluye diciendo: *Et placet mihi hæc concordia, et distinctio.*

80 Los fundamentos y razones que indica para probar la enunciada doctrina son tan débiles y contrarios á las leyes, que dan regla en este punto de restitucion *in integrum*, que el mismo Acevedo poco satisfecho de su sentir vacila y al parecer se inclina á que en uno y otro caso podrá pedir la restitucion concluyendo al fin con dexar indeciso el asunto: ibi: *De quo tamen cogitandum relin-*

linquo, nam et afflictis ubi supra indecissum hunc casum reliquit.

81 Á la verdad yo no hallo términos para la duda propuesta, porque las leyes apetecen de necesidad dos partes para que tenga lugar la restitucion: la una que efectivamente haya daño capaz de inclinar la equidad del Juez por la entidad y circunstancias que ya se han explicado en este capítulo: la otra que se haya experimentado este daño en tiempo de la menor edad por su debilidad ó por culpa ó malicia de los tutores, defensores y abogados, como tambien queda fundado. Estos dos extremos se hallan plenamente calificados en el caso propuesto, porque el daño consiste en no haber probado en el término ordinario de la ley, hallándose entónces en la menor edad. Esta qualidad no es necesaria al tiempo de pedir la restitucion, porque en los contratos ó prescripciones reclaman el daño por el auxîlio de la restitucion, quando ya son mayores de edad, haciéndolo dentro de los quatro años, que conceden las leyes para usar de este remedio.

82 En los juicios que toman el concepto de quasi contratos procede la propia regla sin otra diferencia que la accidental de ser mas limitado el término, que en el artículo indicado de las probanzas señala la ley para pedir la restitucion, y es el de quince dias despues de publicadas; pero no puede dudarse que acabado el término ordinario, y sin esperar la publicacion, puede reclamarse el daño de no haber probado; pues los quince dias despues de la publicacion se ponen para deterner y excluir el uso de este beneficio, pero no como término en que haya de empezar.

83 Mayor duda podia concebirse en el mismo caso propuesto, quando entrase el menor en la mayor edad, pendiente el término ordinario de la ley, pues teniendo el suficiente para hacer su probanza, si la omitiese y por esta razon sufriese daño, no podria alegar que lo habia padecido siendo menor, que es una de las partes esencia-

les

les que deben concurrir para impetrar la restitucion ; y solo tendrá lugar si el término que faltaba que correr al ordinario de la ley, quando cumplió el menor los veinte y cinco años, no fuese bastante para hacer su prueba; pues entónces se verificará que el daño de su omision procedió del tiempo de su menor edad.

84 Si muriese en ella, y el heredero ó sucesor fuese mayor de edad, podrá usar del mismo auxìlio de la restitucion que competia al menor: *ley* 8. *tit.* 19. *Part.* 6. "E esta restitucion puede demandar en todo pleyto, ó "conoscencia quel oviese fecho á daño de sí, ó su Guar"dador, ó su Abogado. E tal demanda como esta puede "facer el menor en todo el tiempo fasta que sea de edad "cumplida de veinte y cinco años ; y aun en quatro años "despues deso : é non solamente puede el menor facer "demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos :" *leg.* 6. *ff. de In integrum restitut.* : *leg.* 18. *§. ult. ff. de Minorib.* 25. *an.* : Molin. *de Just. et jure tract.* 2. *disput.* 573. *n.* 18. Gom. *Var. tom.* 2. *cap.* 14. *n.* 6: Ayllon *in dict. num. cum aliis ibi relatis.* Aunque parece personal del menor este beneficio, y es por otra parte efecto de una ficcion retrotractiva y singularísima, que debe restringirse sin admitir extension de una persona á otra ni de caso á caso, como abraza un interes real efectivo, hace mixto el remedio de la restitucion, y de consiguiente traslativo con la herencia á los sucesores del menor.

85 En el caso opuesto al antecedente próximo de ser el menor heredero del mayor de edad, que muriese pendiente el pleyto en el estado de prueba dentro del término ordinario de la ley ó despues ántes de la publicacion, o en los quince dias siguientes á ella, se podrá dudar si el menor gozará por su persona del beneficio de la restitucion para probar en el caso de no haberlo hecho su antecesor, ó para ampliar la probanza.

86 Esta duda se resuelve por los mismos principios indicados, pues si el menor sucediese al mayor estando pendiente el término de prueba, y en estado de poder

hacer la suya el difunto, si hubiese continuado la instancia, lo mismo podia hacer el menor que le sucedió, y omitiendo esta diligencia, resultará haberle venido el daño por no haber probado en tiempo competente, en el qual era menor; y concurriendo entónces las dos partes, que se han considerado necesarias por las leyes para que tenga lugar la restitucion, se le debe conceder si la pide dentro de los quince dias despues de la publicacion; pero si el menor sucede al difunto en tiempo que el pleyto estaba recibido á prueba con el término ordinario, siendo éste pasado no podrá usar del auxilio de la restitucion, porque el daño de no haber probado no le viene de la debilidad de su menor edad, ni le padeció en ella; y el vicio ó defecto de no haber probado el que seguia el pleyto, siendo mayor, se traslada al heredero, así como sucede en las ventajas que aquel tenia adquiridas por su diligencia ó por otra qualquiera causa.

87 Con estos conocimientos, que abrazan los dos tiempos de que se haya hecho la probanza en el término ordinario de la ley ó fuera de él en el intermedio de la publicacion, ó en los quince dias despues de ella, se percibirán con la debida claridad los efectos y fines de la publicacion de probanzas, y el tiempo y solemnidad con que debe pedirse y hacerse, de que se tratará separadamente en el capítulo próximo.

CAPÍTULO X.

De la publicacion de probanzas.

1 Quando se trata de un punto en que las leyes del reyno no disponen con la deseada claridad todo lo conveniente, seria menester que supliesen los autores este defecto discurriendo y deduciendo del espíritu de ellas los conocimientos que han menester con precision los abogados y los Jueces; pero en la publicacion de proban-

banzas, aunque nuestras leyes omiten cosas muy substanciales, y suponen otras, en medio de que disponen oportunamente algunas, los autores tampoco las profundizan, sino que pasando ligeramente por la corteza de ellas, no suministran á abogados y Jueces la instruccion que en esta parte necesitan.

2 En efecto si desean saber en que tiempo han de pedir y mandar hacer la publicacion de probanzas, no hallarán en las leyes ni en los autores disposiciones claras ni observaciones fundadas, que aseguren cumplidamente el acierto de sus resoluciones. Porque dos tiempos señalan para esto las leyes: uno el que se ha concedido para hacer probanzas, en cuyo espacio no permiten pedir su publicacion; y otro que empieza pasado dicho término, el qual consideran útil para pedir y mandar hacer publicacion de las probanzas; pero no ponen límites ni señalan el en que haya de acabar la facultad de pedirla en las partes, y la de mandarla hacer en los Jueces.

3 La *ley* 39. *tit.* 1. *lib.* 3. manda que los procuradores no pidan publicacion sin ser pasado el término so pena que la publicacion sea ninguna, y pague tres reales para los estrados.

4 La *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. permite que el procurador pasado el término probatorio pueda pedir, si hay probanza, que se haga publicacion de ella; y al fin de la misma ley repite que quando se pidiere publicacion, y la otra parte respondiere que dura el término, que no se haga hasta que sea pasado.

5 La *ley.* 3. *tit.* 10. *del mismo libro* trata del modo de proceder en las causas criminales por ausencia y rebeldía de los reos, y dispone entre otras cosas que la causa se reciba á prueba por el término que fuere señalado, y que dentro de él se reciban y exâminen los testigos, y que pasados los dichos dias se presenten las probanzas en el proceso, y se haga publicacion en la causa.

6 La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. dispone que el Juzgador recibidos los dichos de los testigos y pasados los pla-

plazos de que ya habia hablado, que son los de la prueba que señala la *ley* 33. *del mismo título y Part.*, "deve »llamar las partes, é señalarles dia á que vengan á oir »lo que dixéron los testigos. E si por aventura alguna »de las partes fuese rebelde, é non quisiese venir; por »eso non deve el Judgador dexar de publicar los dichos »de los testigos, si la otra parte que fué obediente lo de»mandare."

7 La *ley* 11. *tit.* 17. *Part.* 3. dispone que hecha la pesquisa "dar deve el Rey, ó los Judgadores, traslado »della á aquellos á quien tanxere la pesquisa, de los nom»bres de los testigos, é de los dichos dellos:" que es una publicacion efectiva de las probanzas hechas en la pesquisa, y para los mismos fines que explican generalmente las leyes en toda especie de causas.

8 Todas las que se han referido convienen en quatro puntos: el primero que pendiente el término de prueba no se puede pedir ni hacer publicacion de probanzas: el segundo que pasado dicho término se puede pedir y mandar hacer: tercero que todas omiten señalar término dentro del que hayan de pedir la publicacion, y que pasado no sean oidas las partes que la pidieren: quarto que tambien omiten declarar si en el caso de no pedir las partes la publicacion, puede ó debe el Juez mandarla hacer de oficio; y estos son los artículos omitidos en las leyes y en los autores, que yo he leido con diligencia y cuidado.

9 Iguales omisiones de cosas esenciales y necesarias se advierten en otras leyes tratando de asuntos importantes; y se supliéron y enmendáron luego que la experiencia fué mostrando los inconvenientes y perjuicios que traian.

10 De la puja del quarto que se permitió hacer en los arrendamientos de rentas Reales, aunque estuviesen rematadas de último remate, trató la *ley* 5. *tit.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.*, omitiendo señalar el tiempo en que podia y debia hacerse dicha puja; pero el mismo autor de la

ley

ley enmendó este defecto en la 6. *del propio tit. y libro,* señalando el de noventa dias contados desde el último remate; y que pasados no se admitiese puja alguna, aunque fuese la del quarto.

11 La *ley* 5. *tit.* 19. *Part.* 6. y la 7. §. 8. *ff. de Minorib. viginti quinque ann.* conceden al menor el beneficio de la restitucion despues de celebrado el remate de sus bienes en almoneda pública, quando ofrece otro mucho mayor precio, *que es gran pro del mozo*; y como no señalan dichas leyes el tiempo en que se deba usar de este ofrecimiento, ni se ha determinado este punto en otra alguna ley posterior, fué cosa muy prudente considerar en el Juez, que conoció en la almoneda, un arbitrio y facultad juiciosa para admitir, ó repeler el mayor ofrecimiento que se hiciese á beneficio del menor atendidas con reflexion las circunstancias de la dilacion con que se hubiese hecho la mejora de gran cantidad, el beneficio que de ella resultaria al menor, y el daño que sufriria el comprador, así por tener incierto su dominio mucho tiempo sin atreverse á mejorar los bienes comprados, como por las dificultades y gastos que ocurrian en liquidar las mejoras que hubiese executado, con lo demas que advertí en el capítulo IX.

12 Por los mismos fundamentos parecia que la razon y la equidad dictaban que se fixara algun término que empezase á correr acabado el de la prueba para que dentro de él pidiesen las partes la publicacion de probanzas; y que pasado sin haberlo hecho la pudiera mandar hacer el Juez de oficio á fin de dar curso á los pleytos con la brevedad que conviene, y está prevenida en las leyes y en los cánones, á no ser que no hayan considerado necesario este estímulo en las partes que litigan: porque como cada una de ellas puede pedir la publicacion de testigos sin diferencia entre el actor y el reo, no es de temer que se dilate el pleyto en este artículo por malicia ni con daño de alguno de los interesados; pues está en su mano solicitar la publicacion, y no se puede de-

te-

tener haciéndolo despues del término de prueba por ninguna contradiccion ni rebeldía de las partes contrarias.

13 Y si ninguna de las partes solicitase la publicacion, es visto que proceden de un acuerdo y conformidad en dexar el pleyto en aquel estado para continuarle ó abandonarle por justas consideraciones, que las inclinen á este medio, sin que tenga entónces el Juez facultad para obligarlas á que le continúen; pues en tal caso faltaba el motivo de la brevedad á beneficio de los interesados, y mas bien seria ponerlos en necesidad de sufrir mayores gastos fomentando las discordias, que las mismas partes habian terminado ó suspendido de conformidad.

14 Sin duda que se fundó en estas razones ó en otras superiores la *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3, en la qual se dispone: Que recibidos los dichos de los testigos, y pasados los plazos de la prueba, "deve el Judgador llamar »las partes, é señalarles dia á que vengan á oir lo que »dixéron los testigos. É si por aventura alguna de las »partes fuese rebelde, é non quisiese venir; por eso non »deve el Judgador dexar de publicar los dichos de los »testigos, si la otra parte que fué obediente lo de»mandare."

15 En la primera parte de esta ley parece que se concede al Juzgador grande autoridad, y aun se le impone obligacion de dar curso al pleyto llamando de oficio las partes, y señalando dia para oir lo que dixéron los testigos, que es substancialmente publicarlos, excitando á las mismas partes sin esperar á que lo hiciesen en uso de su accion.

16 Pero en la última parte de la ley se dispone claramente que no pueda el Juzgador publicar los dichos de los testigos si alguna de las partes no lo demandare.

17 La *ley* 11. *tit.* 17. *Part.* 3. dispone que siendo hecha la pesquisa en qualquiera de las maneras que se di-

dixo en la *ley* 1. *del propio tit. y Part.* debe el Rey ó los Juzgadores dar traslado de ella á aquellos, á quien tocare, de los nombres de los testigos, é de los dichos de ellos, para que se puedan defender de su derecho, diciendo contra las personas de la pesquisa en los dichos de ellos; y hayan todas las defensiones que habrian contra otros testigos.

18 Por lo literal de esta ley parece cierto que el Rey ó el Juez de la pesquisa puede y debe manifestarla de oficio para los fines y defensas que se explican en ella, sin esperar á que se promueva y pida su publicacion por las partes; pero debe observarse que en las dos maneras de hacer pesquisas, de que habla la citada *ley* 1, siempre hay parte que estimula al Juez á que continúe la causa. Tal es la fama pública y la sindicacion que resulta, y se halla justificada en bastante forma por la informacion de la pesquisa contra muchos ó contra alguno, que debiendo tenerse por reos, es necesario dar satisfaccion á la vindicta pública, que clama incesantemente al Juez para que continúe la causa segun su estado y naturaleza; y es lo mismo que si dixera que pide publicacion de los testigos del sumario para que los reos á quienes toca puedan hacer sus defensas; concluyéndose por estos principios que en estas dos maneras de pesquisa siempre hay parte que pide la publicacion de los testigos, y la comunicacion de sus nombres y de sus dichos á todos los que se interesan en hacer su defensa con el conocimiento que corresponde.

19 La tercera manera de pesquisa, de que habla la citada *ley* 1, es quando las partes se avienen queriendo que el Rey, ó aquel que el pleyto ha de juzgar, mande hacer la pesquisa, y en ella tienen mas influxo las partes que el mismo Juez; pues aviniéndose en que se libre el pleyto por la pesquisa sin que sean mostrados los testigos ni los dichos de ellos, no debe el Juez publicarlos; pero bien podrá librar el pleyto por sus dichos, siguiendo la avenencia de las mismas partes, que es lo mis-

mismo que si estas dixesen que renuncian qualquiera defensa, que pudieran hacer, tachando las personas de los testigos ó sus dichos.

20 De aqui podria excitarse otra duda reducida á si en las causas civiles y ordinarias, de las quales se trata principalmente en este capitulo, aunque no se haga publicacion de probanzas, porque las partes no la pidan, y el Juzgador no pueda hacerlas de oficio, segun se ha fundado, podrá sin embargo el Juez proceder á dar sentencia, y que efectos producirá.

21 Quando alguna de las partes pide publicacion de testigos, y el Juez la niega en auto positivo y separado, ofende su derecho, y le hace notorio agravio privándole de aquella instruccion que le conceden las leyes, y con que podria mejorar sus alegaciones y defensas; y por este notable perjuicio que le irroga, es apelable dicho auto, aunque sea interlocutorio, como se deduce de la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4, y lo comprueba abiertamente Salg. *de Reg. protection. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 158.

22 Pero si no apelase del enunciado auto, se entiende que lo consiente la parte, porque la publicacion corresponde en la opinion mas probable al órden de la justicia, que puede renunciar y consentir, y no toca á lo substancial del juicio, como lo explica el mismo Salgado con otros que refiere en el citado *cap.* 1. *part.* 2. *n.* 158.

23 En su conseqüencia podrá el Juez faltando la apelacion de las partes dar sentencia difinitiva: porque el defecto de apelacion induce consentimiento y una especie de avenencia en ellas para que sin publicar los testigos pueda determinar la causa del mismo modo que se dispone en la *ley* 1. *tit.* 17. *Part.* 3.

24 Si en el mismo caso propuesto de que pida alguna de las partes publicacion omitiese el Juez deferir á ella ó negarla, procediendo á dar sentencia difinitiva, este procedimiento contiene el mismo agravio indicado, y es necesario que se repare por medio de la apelacion, porque en su defecto se entiende consentida la sen-

sentencia, y pasará en autoridad de cosa juzgada.

25 El tercer caso es quando las partes pasado el término de la prueba no han pedido su publicacion, y el Juez procede á dar su sentencia privando con ella á los litigantes de la facultad, que tenian de pedir en el tiempo que juzgasen oportuno la publicacion de testigos, y de alegar lo conveniente contra sus personas ó dichos; y como en este procedimiento del Juez se incluye una tácita denegacion de la publicacion que podian pedir las partes, es equivalente este caso al anterior, y pide el mismo remedio de la apelacion; por cuyo medio revoca el Juez superior el auto en que se negó la publicacion, y la manda hacer devolviendo los autos para que en su vista usen las partes de su derecho, proponiendo tachas á los testigos ó á sus dichos, que son los fines á que se dirige su publicacion, y expresan las leyes citadas.

26 Si la apelacion se interpuso de la sentencia difinitiva que dió el Juez, omitiendo deferir á la publicacion pedida por alguna de las partes, ó por no haberla pedido, que son los dos casos propuestos, el Juez superior declara nula la sentencia, y á mayor abundamiento la revoca como notoriamente injusta, y reponiendo la causa al estado que tenian los autos al tiempo en que estaba pedida, ó podia pedirse la publicacion, se devuelven para los mismos fines insinuados.

27 La *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. señala la forma de llegar á la publicacion, reducida á que alguna de las partes pida que se comunique traslado á la otra: que se acuse la rebeldía sino respondiere en el término que se le concede; y que con sola esta rebeldía se mande hacer la publicacion de los testigos.

28 La misma enunciada ley ofrece alguna margen para dudar de esta fórmula sencilla observada generalmente en los tribunales; pues refiere y manda: Que "quando el Procurador diere peticion, que si ay pro»banza se haga publicacion, y si no, se aya el pleyto

»por concluso; que dándose traslado de esta peticion, y »acusándole otra Audiencia la rebeldía, no diciendo nada »la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso."

29 Es menester observar en el contexto de la referida ley que si el procurador pidiere las dos cosas, esto es, que se haga publicacion si hay probanza, ó que se tenga el pleyto por concluso si no la hay, se determina y reduce la declaracion á la segunda parte de que el pleyto quede concluso; pero esto debe entenderse en el supuesto de que no hubiese probanza por ninguna de las partes; pues habiéndola se manda hacer publicacion, y no tiene lugar entonces la conclusion del pleyto.

30 El fin principal de esta ley fué acordar los medios de cortar dilaciones, y abreviar los pleytos, como se manifiesta en su principio: "Porque los pleytos se abre»vien, y cesen las dilaciones en ellos." Para lograr este importante fin dispone que con sola una rebeldía se concluya: "Acusándole otra Audiencia la rebeldía, no di»ciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto que»de concluso."

31 Ya estaba dispuesto en la ley anterior próxîma que con dos escritos que presentase cada parte quedase el pleyto concluso; y consiguiente á este intento se estableció en la ley siguiente otro medio de que se concluyese en los pleytos con una sola rebeldía. A este intento aplicó la ley todo su cuidado, haciendo supuesto de que no se hubiese hecho prueba; pues la parte que pedia publicacion en caso de haber probanza, indicaba no haberla hecho por sí, y lo mismo se infiere con respecto á la otra que acusada la rebeldía nada dixo en el término en que debia hacerlo.

32 Mayor duda puede concebirse en otra disposicion que contiene la misma ley hácia el fin, á saber: Que "quando la una parte presentare su probanza, y la »otra concluyere sin embargo de ella por peticion; en »este caso queda el pleyto por concluso; y así se pro»vea, y mande."

En

33 En esta parte sigue la ley el mismo propósito de tener el pleyto por concluso con una sola rebeldía, aunque las otras partes no concluyan; y supone que con haber presentado la una su probanza, y comunicádose á la otra, estaba hecha la efectiva publicacion; y que no teniendo que decir contra los testigos ni sus dichos, concluya sin embargo la probanza, dándose con esto fin al pleyto, y evitando mas traslados y dilaciones.

34 La publicacion de probanzas se dirige á tres fines, en que se interesa la natural defensa de las partes: el primero es que se instruyan de si han probado bien su intencion en lo que demandan ó excepcionan: el segundo que se propongan los defectos que hallasen en las personas de los testigos, que puedan influir en derogar ó debilitar su fe; y el tercero que concluyendo sus dichos manifiesten su contradiccion de hecho, y puedan probar su falsedad por los medios que permiten las leyes: *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4: *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3: *ley* 11. *tit.* 17. *de la misma Part.*

35 Los abogados en cumplimiento de su oficio deben tomar las defensas de las partes, y manifestar su justicia sin que puedan excusarse de este cargo, pues se interesa en él la causa pública. De consiguiente pueden ser apremiados de oficio por el Juez á que admitan y tomen á su cuidado la defensa de los pleytos; pero deben hacerla con la buena fe y rectitud que corresponde, prestando su auxìlio á la parte que defienden en lo que entendieren ser justo sin molestar con maliciosas dilaciones ni fraudes á las contrarias; pues para que así lo cumplan, se ligan quando reciben sus oficios con el juramento general que indican las leyes, y además se les puede exìgir en qualquier estado del pleyto, y deben hacerlo sin excusa ni dilacion.

36 Admitida por el abogado la defensa de alguna causa está obligado á continuarla hasta que llegue á entender que no es justa; y á fin de asegurarse de este concepto, debe tomar razon de los hechos que refieren las partes án-

tes de entrar en el pleyto; y si no los probasen, está en obligacion el abogado de manifestarles que no tienen justicia para que se aparten de su seguimiento, y él mismo lo debe hacer, y no continuar en su defensa.

37 Esto es lo que repiten con estrecho encargo las *leyes* 1. 12. *y* 13. *tit.* 19. *lib.* 2. *del Ordenam. Real*, las 2. 14. *y* 22. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* y la 13. *tit.* 6. *Part.* 3.; y como de las probanzas ha de resultar el dictámen que formen los abogados acerca de la justicia del pleyto, sirve su publicacion para este importante fin.

38 Poner tachas á los testigos es decir que tienen defectos que excluyen ó disminuyen su fe, de manera que no deben ser creidos, ó á lo ménos hacen dudar de su verdad. Estos vicios vienen de varias causas, y tiene gran parte en su graduacion el arbitrio del Juez, como se refiere en diferentes leyes, señaladamente en la 8. y siguientes *tit.* 16. *Part.* 3., en la 2. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*, y en la 3. con todos sus capítulos *ff. de Testib.*

39 Para ocurrir á la malicia con que muchas vecès se ponian tachas generales á los testigos, impidiendo á la otra parte su justa defensa en la prueba con que podria convencer la falsedad de los defectos que se imputaban á los suyos, se ordenó en la *ley* 2. *tit.* 8. *lib.* 4. "Que no sean recibidas tachas generales, salvo aquellas »que singularmente fueren especificadas, y bien declara»das"; y para no dexar duda en la forma con que debian proponerse, refiere algunos exemplares diciendo: "Que si »pusieren contra el testigo que es descomulgado, decla»ren si es excomunion mayor, y quién lo descomulgó, y »por qué razon, y en qué tiempo, y lugar; y si dixere que »dixo falso testimonio declare en qué tiempo, y en quál »pleyto; y si dixere que es perjuro, declare en qué caso »y lugar, y tiempo, y por quál razon; y si dixere que »es homicida, declare á quién mató á tuerto, y en qué »tiempo, y lugar; y así declare, y especifique todas las »otras tachas, que el fuero pone contra los testigos."

40 En esta especificacion que requiere la ley, para que

que las tachas sean admitidas, no hay singularidad alguna, porque lo mismo se apetece en toda demanda, ya sea de cosa mueble ó ya de inmueble, como se dispone en las *leyes* 15. *y* 25. *tit.* 2. *Part.* 3., y en la 4. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*

41 Dos observaciones conviene hacer sobre lo que disponen las leyes acerca de poner tachas á los testigos despues de la publicacion. La primera observacion consiste en que presentado y admitido el interrogatorio, se manda que al tenor de las preguntas que contiene sean exâminados, y declaren los testigos que presentare la parte con citacion de las contrarias.

42 En esta citacion se incluye: "Que recebir deve »el Judgador la jura de los testigos, ante que aya su »testimonio. É esta jura deve tomar, seyendo la parte »delante contra quien son aduchos, faciéndogelo ante »saber, é señalándole el dia á que venga ver como ju»ran." Esta es la disposicion literal de la *ley* 23. *tit.* 16. *Part.* 3. Si la parte citada compareciere á este acto, podrá conocer los testigos, su calidad y defectos, y manifestarlos con direccion á su repulsa, ó á indicar á lo ménos que no aprueba su persona y calidad; pues no haciéndolo así parece que los tiene por idóneos, y que no podrá despues impugnarlos.

43 Instruida la parte que los presenta de las excepciones y tachas, que ponen á sus testigos ántes de recibir sus dichos, podria presentar otros, y excusarse de sufrir las dilaciones y contingencias de que se estimasen y declarasen despues de su publicacion por legítimas las tachas indicadas, y de que quedase sin efecto su probanza; y ocurriendo á este daño sin entrar en las discusiones de nuevas pruebas acerca de los defectos de sus testigos, se evitaria tambien que aquellas diligencias judiciales quedasen ilusorias, y que quando las leyes estrechan sus disposiciones por todos los medios posibles para que los pleytos se abrevien, se convierta en dilatarlos el silencio de la parte contraria, que pudo y debió manifestar lo que entendia acerca de los testigos presentados.

Si

44 Si la parte, que fué excitada para ver jurar y presentar los testigos, es rebelde, y no quiere comparecer, induce con superior razon su consentimiento acerca de la aprobacion é idoneidad de los testigos, y no podrá impugnarlos despues.

45 Si impugnase las deposiciones ó los testigos ántes de la publicacion, seria mas autorizada y sencilla la intencion del que propone las tachas, presumiéndose que usaba de este medio como necesario á su natural defensa; pero despues de publicados sus dichos, y viendo que son contrarios á su intencion, es fácil excitarse maliciosamente á buscar y proponer tachas contra ellos, valiéndose de otros que por sobornos ú otros medios ilícitos prueben las tachas propuestas.

46 Pasado el término de prueba, y hecha su publicacion, no puede la parte probar su intencion en la primera instancia ni aun en las ulteriores sobre los mismos artículos ú otros derechamente contrarios: *ley* 5. *tit.* 6., y la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*; y viene á quedar indefensa, quando acaso hubiera probado su justicia con otros testigos libres de toda sospecha (en cuyo concepto tendria los que habia presentado), si la parte contraria se la hubiera indicado ó propuesto al tiempo en que los vió presentar y jurar.

47 Esta doctrina está calificada en las leyes y en los cánones, como fundada en las razones sólidas que van expuestas. La *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3. supone que los demandados pueden proponer sus defensas, no solo ántes que el pleyto sea comenzado por respuesta, de que habla la ley anterior, mas aun despues. "É esto seria quando aduxesen á alguno por testigo contra el demandado, »para provarle aquello quel demandaban en juicio, é él »pusiese defension contra el testigo, que non deve ser »recibido su testimonio, porque non era de dar, ó por»que era siervo."

48 Lo mismo sucede en las otras defensiones semejantes, comprehendiéndose todas con entera uniformi-

midad en la disposicion que refiere la misma ley en las siguientes palabras: "Ca atales defensiones como estas, ó »otras semejantes dellas, dévelas caber el Judgador, é »non deve ir adelante por el pleyto principal, fasta que »dé sentencia sobre ellas. É á estas defensiones, é á las »otras que de suso fablamos, en la ley que comienza: »Conoscen"; y al fin concluye así: "É son de tal natura, »que las pueden las partes poner, ante que el pleyto sea »comenzado por respuesta, é aun despues, fasta que ven- »ga el tiempo, en que quieran dar el juicio."

49 En los mismos términos y con mayor expresion procede el *cap.* 31. *ext. de Testib.*, el qual establece por regla que publicados los testigos no es libre á las partes poner tachas á sus personas. Á esta regla señala tres limitaciones: una quando al tiempo en que se presentáron y juráron los testigos, ó en qualquiera otro ántes de la publicacion, hubiese protestado la parte que tenia que decir contra los testigos presentados por la contraria: otra que hecha la publicacion jurasen que no ponian las tachas por malicia; y la tercera si probasen haber venido á su noticia los defectos de los testigos despues de publicados.

50 Las dos enunciadas disposiciones de la ley y del capítulo canónico citado conceden entera libertad para poner tachas á los testigos ántes de su publicacion; pero la coartan para hacerlo despues, pues imponen á la parte que lo intente la obligacion de jurar y probar los hechos en que se fundan las tres excepciones ó limitaciones referidas.

51 Alguna variacion hiciéron las leyes posteriores acerca de lo establecido en las de *Partida* y en el derecho canónico sobre algunos artículos. Qual sea esta variacion, y si ella ha podido mejorar el interes de la causa pública, el de las partes, y la mayor seguridad en la administracion de justicia, se manifestará con una sencilla y exâcta combinacion de las mismas leyes.

52 La *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* manda: "Que »hecha la publicacion de los testigos en qualquier de las »ins-

»instancias, cada una de las partes, que quisiere decir »su intencion de bien probado, ó tachar, ó contradecir »en dichos, ó en personas los testigos, y probanzas, que »la otra parte hubiere presentado, lo diga, y alegue den»tro de seis dias despues de hecha la publicacion, y no»tificada á la parte, ó á su Procurador, y no dende en »adelante."

53 La *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenamiento* conviene con la antecedente, á excepcion de que esta señala por término perentorio despues de la publicacion para contradecir y tachar los testigos que quisieren las partes, así en dichos como en personas, el espacio de ocho dias, viniendo á ser dos dias la diferencia única en el término que prefixan estas dos leyes para dicho efecto.

54 No excluyen las dos expresadas leyes facultad en las partes para poner tachas á las personas de los testigos al tiempo en que se presentan y juran, y ántes de la publicacion de probanzas, ántes bien convienen en esto con la enunciada *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3., y con el *cap.* 31. *ext. de Testib.*

55 Tambien permiten las dos referidas leyes que publicados los dichos de los testigos puedan las partes poner tachas á sus personas; en cuyo artículo estan igualmente conformes con la citada ley de *Partida*, que les concede la misma facultad de que puedan poner tachas hasta la conclusion de la causa, que es quando tiene estado para dar sentencia; y esto es lo que demuestra la última disposicion de la ley en la forma siguiente: "E son de tal »natura, que las pueden las partes poner, ante que el »pleyto sea comenzado por respuesta, é aun despues, fasta »que venga el tiempo, en que quieran dar el juicio"; sin que se halle expresion alguna, que prohiba poner tachas á las personas de los testigos despues de su publicacion.

56 Convienen asimismo estas leyes en el artículo de que se pueden poner tachas á los testigos despues de publicados con el citado *cap.* 31. *de Testib.*; y solo se diferencian en que para hacerla en este caso segun la dispo-

si-

sicion canónica, ha de preceder alguna de las tres condiciones que señala; y son que al tiempo en que se presentan y juran los testigos, protesten las partes poner tachas á sus personas, y juren que no las ponen de malicia, ó prueben que viniéron á su noticia despues de la publicacion.

57 La enunciada *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3. hacia suspender el curso del pleyto principal, quando se ponian tachas á los testigos al tiempo de presentarse y jurarse: porque pareciendo al Juzgador tales que debiesen admitirse, las recibia á prueba, y daba sentencia sobre ellas; y despues corria el pleyto principal.

58 En esta ley no se habla de las excepciones y tachas que pueden ponerse á los dichos de los testigos. Lo mismo sucede en el *cap.* 31. *ext. de Testib.*; pues se supone que no han hecho sus declaraciones, ni se han comunicado á las partes despues de su publicacion.

59 La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. refiere el tiempo y formalidades con que debe hacerse la publicacion de testigos, y despues de ella dice: Que se debe dar traslado de sus dichos á las partes para el fin entre otros de probar con distintos testigos que aquello que atestiguáron los primeros contra él fué mentira, ó que lo declaráron por interes que les diéron, ó que les prometiéron dar; y esta particular disposicion, que es relativa á los dichos de los testigos despues de publicados, confirma que la citada *ley* 11. *tit.* 3. *Part.* 3. habló solamente de sus personas, y de las tachas que les podian poner las partes ántes de sus declaraciones; y acredita tambien que deben recibirse á prueba las tachas que se ponen á los dichos de los testigos.

60 De aquí resultaria que proponiendo las partes sus tachas ó excepciones á los dichos de los testigos despues de publicados, ya fuese libremente conforme á la letra de la *ley* 11, ó con las precauciones que contiene el citado *cap.* 31, era preciso recibirlas á prueba con término competente; y se verificarian dos probanzas so-

bre tachas, una respectiva á la de los testigos, y otra á la de sus dichos, dilatando los pleytos con gran daño del público y de las partes.

61 La enunciada *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* enmendó estos perjuicios, disponiendo reservar la prueba para comprehender unidamente las tachas de los testigos y las de sus dichos despues de publicados; pues aunque tachen ántes de este tiempo las personas de los testigos, no se suspende el pleyto principal, ni se reciben á prueba, reservando hacerlo en el oportuno despues de la publicacion.

62 Y aun en este tiempo y caso concurre otra circunstancia de gran momento á favor de esta última disposicion, y es que no se da sentencia sobre las tachas que se ponen á los testigos ni á sus dichos, y solo sirve su prueba para instruir el ánimo del Juez de la fe que debe darles, y proceder á la sentencia del pleyto principal.

63 Aunque muchos autores tratáron de esta materia, como son Aceved. *in leg.* 1. *tit.* 8. *lib.* 4, Covar., *Practicar. cap.* 18. *n.* 5, Gonzal. *in cap.* 31. *de Testib.*, Avendañ. *respons.* 21. y otros que refieren, no la explican con la distincion necesaria, y dan motivo sus opiniones á que se confundan los profesores, y no hagan buen uso de lo que con tanta solidez disponen las leyes.

64 La segunda observacion, que conviene hacer en esta materia, consiste en que no se deben presentar ni admitir declaraciones de testigos sobre los mismos artículos en que hayan declarado otros, estando publicados sus dichos, ni sobre los que sean derechamente contrarios, por el temor de que esten sobornados, que es la causa que se motiva en la *ley* 5. *tit.* 6. y en la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*, y en la 37. *tit.* 16. *Part.* 3. *al principio*, y en la *Clementina* 2. *de Testib.*

65 En la misma *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. se pone por limitacion á la regla indicada que puedan probar las partes con otros testigos que fué mentira lo que declará-

ron

ron los primeros contra alguna de ellas; y en esto se manifiesta que lo hacen sobre artículos derechamente contrarios; y lo mismo se contiene virtualmente en la prueba de las tachas que respectivamente se ponen á los dichos de los testigos, y de que hablan las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.*

66 Estas leyes estan convenidas en que el probar en manera de tachas la falsedad de lo que dixéron los testigos únicamente se debe hacer por un medio indirecto, acreditando que el hecho, que han declarado y asegurado los primeros testigos, no pudiéron verlo, ni saberlo por estar ausentes del lugar en que sucedió, ó que lo estaba la parte á quien se atribuye; viniendo á resultar una demostracion de ser falso lo que en estas circunstancias declaráron los testigos, comprehendiéndose en la proposicion ó declaracion de los segundos un artículo nuevo acerca de la ausencia y distancia del lugar á que se refieren los primeros, cuya prueba se llama *coartada*, admitida en el *cap.* 35. *de Testib.* y explicada en los propios términos en la glosa, *Fuere mentira*, de la citada *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3.

67 Para decir y alegar las tachas contra las personas de los testigos ó sus dichos señala la citada *ley* 1. el término perentorio de seis dias, que empiezan á correr desde que se notifica á la parte ó á su procurador el auto de publicacion. Esto es á la letra lo que dispone la ley; pero debe entenderse de un modo efectivo y posible, sin que puedan empezar á correr los seis dias sino desde aquel tiempo en que las partes hayan visto los testigos que declaran en la probanza contraria, y combinado sus dichos para asegurarse de la calidad y vicios de sus personas, de la falsedad que contengan sus declaraciones, y del medio de probarlas; pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido.

68 Este pensamiento, además de ser fundado en las razones y reglas generales que se indican, se de-

muestra y comprueba mas claramente por la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenam.*; pues tratando de este artículo dice lo siguiente: "E presentados los testigos dentro en »los términos de la probanza, segun mandan las leyes »de este nuestro libro, y segun fuero, y uso de nuestra »Corte, é publicados sus dichos, y dada la copia de »ellos á las partes, sea asignado término perentorio de »ocho dias á ambas las partes, para contradecir, y ta»char los testigos que quisieren, así en dichos, como »en personas."

69 En esta disposicion se ve claramente que el término de los ocho dias no se asigna, ni empieza á correr hasta que está entregada á las partes copia de los testigos y sus dichos, por medio de la que se informan de las personas, y de lo que declaran; y pueden aprovechar útilmente el término de los ocho dias para deliberar si han de poner tachas á las personas de los testigos ó á sus declaraciones, quales han de ser, y los medios de probarlas.

70 La *ley* 37. *tit.* 16. *Part.* 3. supuesta la publicacion que hace el Juzgador, continúa en los términos siguientes: "Otrosí deve dar traslado de los dichos de los »testigos á las partes, porque el demandador pueda ver, »si ha provado su intencion, y el demandado se pueda »acordar, si ha de decir alguna cosa contra ellos."

71 La copia de los testigos y sus dichos, y el traslado de ellos, es una misma cosa; y así convienen la citada *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *del Ordenam.* y la 37. *tit.* 16. *Part.* 3. en que no empieza el término señalado para poner tachas sino desde el dia en que las partes hayan podido ver los nombres de los testigos y sus declaraciones, ya las vean por la copia autorizada, ó traslado que se daba en lo antiguo, segun lo apunté en el capítulo III. de esta parte núm. 33. con autoridad de las *leyes* 26. *tit.* 23. *Part.* 3: 112. 113. *y* 114. *tit.* 18. *de la mism. Part.* 6. *tit.* 3. *de la mism. Part.*; y 9. *tit.* 20. *lib.* 2. *de la Recop.*; ó ya en los autos originales como se hace aho-

ahora, entregándose por su órden á las partes, sin que la una pueda instruirse de lo que han declarado los testigos hasta que volviendo la otra los autos, que con anticipacion habia tomado, se los entreguen por el término competente.

72 Habiendo cumplido las partes con poner las tachas que les pareciere dentro de los seis dias señalados en la citada *ley* 1, debe el Juez recibirlas á prueba en el mismo auto en que las admita sin dar traslado de ellas; pues ni lo previene la ley, como lo hace en todos aquellos casos en que lo considera necesario, ni se observa en los demas interrogatorios ó artículos que se proponen.

73 Podrá dudarse si este auto ó sentencia de prueba de tachas se ha de proveer luego que pasen los seis dias despues de la publicacion, ó si se debe dilatar algun tiempo mas; y se deduce esta duda de la misma *ley* 1, pues no señala término al Juez para dar sentencia, por cuyo medio reciba las tachas á prueba, y queda de consiguiente á su arbitrio hacerlo luego que se hayan puesto por alguna de las partes, especialmente pasado el término en que las otras podian ponerlas.

74 Por otra parte se debe considerar que la *ley* 3. *del propio título y libro* permite á los menores y á las demas personas y comunidades, que tienen privilegio para pedir restitucion *in integrum*, que lo puedan hacer dentro de quince dias contados desde la publicacion de probanzas; y manda que no se reciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias.

75 En esta ley se ofrecen dos observaciones: la primera que quando entre las partes que litigan haya alguna que pueda pedir restitucion para hacer, ó ampliar su probanza, no puede el Juez recibir á prueba las tachas que haya puesto alguna de las partes hasta que pasen los dichos quince dias.

76 La segunda observacion consiste en que se deben distinguir dos casos para que tenga lugar la dispo-

si-

sicion de la citada *ley* 3. acerca de las tachas y su prueba: el uno si el menor no ha hecho prueba en el término ordinario; y entónces no los hay para que puedan ponerse tachas, á ménos que litigando otras personas sean respectivas á sus testigos; pero si el menor hubiese hecho alguna prueba, y la restitucion fuese para ampliarla, pues de uno y otro caso habla la ley, como lo manifiestan sus palabras: "que agora haya hecho probanza, ó »no," tendrian lugar las tachas contra los testigos exâminados ántes de la publicacion, y se suspenderia recibir las pruebas hasta ser pasados los quince dias que señala la misma *ley* 3.

77 En esta *ley* 3. se trata principalmente de la restitucion que pueden pedir los menores, y los que gocen de su privilegio, y del tiempo en que deben hacerlo, esto es, dentro de los quince dias despues de la publicacion; pero teniendo presente que las otras partes que litigan podian poner tachas á los testigos exâminados en el término ordinario, y á sus dichos, y que les corrian los seis dias perentorios desde la publicacion conforme á la *ley* 1. *del propio tit. y libro*; y considerando al mismo tiempo que puestas las tachas en los seis dias referidos podia el Juez recibirlas á prueba al siguiente dia por no limitarle esta libertad la citada ley, como se demuestra de sus mismas palabras: "Que den sentencia en que re»ciban á prueba de ellas;" fué necesario prevenir á los Jueces que en el caso y circunstancias de que hubiese menor ú otra persona ó comunidad, que gozase de igual privilegio, "no recibiesen á prueba de tachas hasta pasa»dos los dichos quince dias."

78 Esta particular disposicion es negativa, y todo su efecto se completa en no recibir á prueba de tachas dentro de los quince dias; pero no se extiende á declarar si pasados estos puede el Juez dar sentencia en que las reciba á prueba, ó si la ha de suspender hasta que el menor haga la suya en el pleyto principal, esperando de consiguiente á que pase todo el término, que para exe-

cu-

cutarla le conceda el Juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley.

79 Para resolver con acierto y seguridad esta duda, en que concebia yo quando me ocurrió grande dificultad, reconocí con diligencia y cuidado los autores que podrian haberla suscitado con motivo de tratar de la citada *ley* 3, y de su inteligencia y exposicion; pero no hallé lo que buscaba.

80 Acevedo resume la enunciada *ley* 3. en dos partes: propone en la primera la restitucion que compete á los menores, y el modo y tiempo en que deben pedirla: *Qualiter, et quo tempore, quis, factis publicationibus, auditur per viam restitutionis, ut possit probare suam intentionem in prima etiam instantia, traditur in præsentiarum*: en la segunda resuelve la duda acerca de las tachas de los testigos: *Usque dum labitur tempus per viam hujus restitutionis assignatum ad probandum, non est assignandus terminus ad objiciendum contra testes, et est notabilis lex, et practicatur quotidie.*

81 Esta segunda parte de su resolucion no es conforme á la letra ni al intento de la citada *ley* 3: porque no se trata en ella de si ha de señalar tiempo ni quanto para poner tachas á los testigos, ántes bien supone que deben hacerlo dentro de seis dias contados desde su publicacion; y queda reducida la disposicion de la ley en este artículo á que durante los quince dias no se ha de señalar término para probarlas, que es á la verdad muy diferente del resumen que hace Acevedo en la segunda parte.

82 En su glosa ó comentarios solamente trata de la restitucion de los menores, y de los demas que gozan de su privilegio, del tiempo en que deben pedirla, y término en que deben probar su intencion en primera instancia, con otras incidencias comunes en esta materia, sin que haga memoria de la disposicion particular sobre la prueba de tachas.

83 Paz trató de la misma restitucion por efecto de la

la citada *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4; pero omitió enteramente la disposicion particular en quanto á la prueba de tachas, como se reconoce desde el *núm.* 129. *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 8.

84 El autor de la *Curia Philipica en la part.* 1. *del Juicio Civil §.* 17. *n.* 41. procedió con igual omision acerca de este artículo; y en el ordinario de tachas se le advierte una equivocacion, pues dice lo siguiente: "La »prueba de tachas se hace despues de la publicacion de »probanzas en el término de seis dias, despues que se »entregan los autos á las partes para alegar." Y debe decir que las tachas se han de poner dentro de dichos seis dias, y su prueba se ha de hacer en el término que señale el Juez no excediendo de la mitad que concede la ley.

85 No pudiendo recurrir á la inteligencia que han dado los autores á la duda indicada, ni habiendo visto en la práctica de los tribunales caso alguno, en que hayan concurrido las circunstancias que dan lugar á la qüestion, diré lo que me parece con presencia de los fundamentos que pueden alegarse por una y otra parte.

86 Supongo lo primero la regla establecida en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Recop.* de que puestas las tachas en los seis dias despues de la publicacion, pasados estos, puede el Juez recibirlas á prueba inmediatamente.

87 Supongo lo segundo que la *ley* 3. limita aquella regla, y suspende la facultad del Juez por quince dias contados desde la publicacion de probanzas, para que dentro de ellos no reciba á prueba las tachas.

88 De estos antecedentes viene otra regla comun reducida á que la causa limitada produce efecto limitado; y así lo que se prohibe por cierto tiempo queda concedido despues de él; pues semejantes prohibiciones son de estrecha y rigurosa naturaleza, y no se extienden de un tiempo á otro ni de uno á otro caso, y dexan correr pasado dicho tiempo aquella anterior y nativa facultad que se detuvo y suspendió por el limitado luego que

que este pasa. Estas proposiciones estan recibidas como principios de buena razon por todos los autores: Castill. *Controversiar. lib.* 4. *cap.* 45: Menochi. *lib.* 2. *consil.* 151. *núm.* 48. y otros muchos que refieren; de donde resulta que disponiéndose en la citada *ley* 3. que no se reciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias, queda expedita la facultad del Juez para hacerlo luego que pasen.

89 Las palabras de la ley se deben entender llanamente como suenan, y en su propia y natural significacion; y si hubiera querido que no se recibiese á prueba de tachas hasta pasado el término que se concediese al menor para hacer la suya en el pleyto principal, lo hubiera explicado: porque es cosa esencialmente diversa no recibir á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias, y no hacerlo hasta que pasen los mismos quince dias y además los quarenta, que comunmente se conceden al menor para el fin indicado.

90 El término de la prueba de tachas no puede exceder de quarenta dias, que es la mitad del ordinario. El mismo término se concede al menor para probar en lo principal del pleyto, quando pide restitucion; y podrian correr uno y otro en el mismo tiempo para abreviar en lo posible la causa; pudiendo haber sido esta una de las que tuvo en consideracion la ley para mandar que no se recibiese á prueba de tachas separadamente, y que se esperase á que pasasen los dichos quince dias.

91 Por la parte contraria se descubren fundamentos mas sólidos, que hacen formar á su favor la resolucion; esto es, que no se reciba á prueba de tachas hasta que pasa todo el término que se haya concedido al menor para hacer su probanza, ya sea el todo de los quarenta dias, ú otro menor á que lo haya limitado el Juez en uso del arbitrio y facultad que le concede la ley; y aun digo mas que no basta que pase dicho término para recibir á prueba de tachas, sino que se debe esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que ha-

ya hecho el menor en uso de la restitucion.

92 La prueba de esta opinion se demostrará por seguros principios si se distinguen dos casos, que son los que pueden ocurrir en esta materia, cuyo discernimiento la pondrá en la mayor claridad.

93 Si el menor que tiene facultad para pedir restitucion despues de la publicacion no usó de ella dentro de los quince dias que la ley le señala, puede el Juez recibir á prueba de tachas inmediatamente, luego que son pasados los dichos quince dias; y de este caso habló solamente la ley, y es adaptable á él su particular disposicion.

94 Esta ley contiene tres partes, quales son pedir restitucion, concederla, y hacer en su conseqüencia la probanza. Para la primera parte señala quince dias perentorios; y estando pendiente en ellos la libertad de pedir restitucion, era preciso se suspendiese la prueba de tachas hasta que se viese si deliberaba el menor usar de su privilegio, por no exponerse á que fuese nula, y á que quedase ilusoria la sentencia de prueba de tachas, como lo quedaria indefectiblemente si despues de ella, y en el término de los quince dias, pidiese el menor la restitucion, y se le concediese como era preciso.

95 El efecto de la restitucion *in integrum* quita de en medio la publicacion, y todo quanto posteriormente se hubiese obrado, fingiendo que no han intervenido tales actos, y que está todavía dentro del término ordinario de la ley, y aun en medio de él; y que el menor usando entónces de aquella facultad comun que tienen todas las partes, aunque no sean menores, hace su prueba en los quarenta dias que se le conceden, aprovechándose de los mismos las otras partes, como pudieran hacerlo si realmente no hubiese pasado, y se conservase el primer término ordinario. Todo esto se demuestra por sus partes en las leyes, autoridades y observaciones que se contienen en el capítulo IX. de estas *Instituciones*, señaladamente desde el núm. 4.

Por

96 Por conseqüencia se viene á parar en las tres reglas que se han notado en este capítulo, y prescriben las leyes citadas: la primera que durante el término de prueba no se puede pedir, ni hacer la publicacion de probanzas: *ley* 39. *tit.* 1. *lib.* 3: la 3. *tit.* 10. *lib.* 4. *de la Rec.*; y la 37. *tit.* 16. *con la* 11. *tit.* 17. *Part.* 3: la segunda que ántes de la publicacion solamente pueden ponerse ó indicarse tachas á las personas de los testigos, pero no á sus dichos, porque estan reservados hasta que se publican; y la tercera que despues de la publicacion es mas amplia la facultad de poner tachas á los testigos y á sus dichos; y es privativo de este tiempo y lugar recibirlos á prueba, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 8. *lib.* 4. *de la Rec.*

97 Por todos estos principios se demuestra que no podia tener lugar la prueba de tachas puestas por alguna de las partes en el término de los seis dias despues de la publicacion, si pedida la restitucion *in integrum* por el menor en los quince que le concede la citada *ley* 3, se le diese término para hacer su probanza, que seria en este caso comun á las otras partes.

98 Los testigos presentados para las pruebas se han de publicar en la forma y con las mismas solemnidades que prescriben las leyes citadas, y para el fin entre otros de contradecir y tachar los testigos y sus dichos; y entónces tiene lugar la sentencia de recibirlas á prueba comprehendiendo en ella, no solo las que se hayan puesto á los exâminados en el término de la restitucion sino tambien las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los quince dias referidos.

99 Cumplido el término de la prueba de tachas se publican y comunican las deposiciones á las partes con los autos, y en su vista presentan un escrito, que llaman de bien probado, haciendo en él particular discernimiento de lo que han declarado los testigos con las observaciones oportunas á fin de instruir al Juez del mérito de

la prueba para la mas acertada resolucion de la causa.

100 Con los escritos de bien probado de todas las partes que litigan se pone la causa en el estado de que concluyan; y no haciéndolo debe declararla el Juez por conclusa para difinitiva.

101 No es de necesidad alegar de bien probado, pues qualquiera de las partes puede concluir vistas las probanzas, como lo dispone la *ley* 10. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Rec. ibi*: "Yquando la una parte presentare su probanza, »y la otra concluyere sin embargo de ella por peticion: »en este caso queda el pleyto por concluso; y así se »provea y mande."

102 De esta conclusion y sus efectos, y de los que tenga la sentencia difinitiva, trataré en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO XI.

De la conclusion de la causa para difinitiva.

1 Despues que por los medios explicados en los capítulos antecedentes llegáron las partes á decir y alegar en defensa de su derecho quanto estimáron conducente para manifestarlo, solo resta que las que lo son en el pleyto declaren al Juez que nada les queda que añadir, alegar, ni probar; y que de consiguiente exciten su jurisdiccion para que interponga su juicio dando la sentencia que acabe el pleyto.

2 Por aquí se ve que la conclusion contiene dos partes: la una se reduce á la insinuada manifestacion que hacen las partes al Juez de haber cerrado todas sus razones; y la otra á dexar el proceso al arbitrio del Juez para que dé su sentencia.

3 Por estos dos respectos quedan las partes contenidas en los límites de un profundo silencio, que les cierra del todo la libertad de alegar ó decir cosa alguna en el pleyto; y el intervalo entre la enunciada conclusion y la sentencia es privativo del Juez, y toca al desempeño de

de su obligacion, quien para llenarla cumplidamente debe exâminar con detenida reflexîon los hechos del proceso, sin cuyo prévio discernimiento expondria su sentencia á la nota de precipitada y nula segun la *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3.

4 Las dos enunciadas proposiciones de que la conclusion da punto á las alegaciones y pruebas de las partes, y es el término final de ellas, y de que en la misma conclusion empieza el que señalan las leyes al Juez para dar su sentencia, se demuestran por las uniformes disposiciones de las leyes que tratan de la conclusion y de la sentencia.

5 La *ley* 17. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Rec.* dispone que las causas, que primero fueren concluidas en el Consejo, sean primeramente vistas y determinadas: la 24. *tit.* 5. *del propio libro* ratifica y manda guardar la anterior ordenanza, añadiendo para su mas cumplida execucion que en cada Sala se ponga de quatro en quatro meses una tabla de los pleytos mas antiguos conclusos, para que por su antigüedad se vean y determinen, con otras advertencias que hace en esta razon.

6 En la *ley* 4. *tit.* 16. *del mismo lib.* se hace mérito dos veces de la conclusion, y procede á señalar lo que despues de ella pueden hacer las partes, reducido á informar é instruir al Juez de su derecho, alegando leyes y fueros, excluyendo en esto toda alegacion ó prueba en el proceso.

7 La *ley* 9. *tit.* 6. *lib.* 4, conformándose con lo dispuesto en la 4. *tit.* 16. *lib.* 2, repite que con solos dos escritos sea habido el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibir á prueba como para difinitiva, indicando en estas últimas palabras el fin de la conclusion, sin que hagan memoria las enunciadas leyes de medio alguno que embaraze ó dilate la sentencia.

8 Con mas positiva y determinada expresion excluye todo acto judicial en las partes despues de la conclusion

sion la *ley* 34. *tit.* 16. *Part.* 3; pues dispone por regla en primer lugar que pasado el término de las probanzas no pueden ni deben recibirse otros testigos; y prosigue con una limitacion respectiva á instrumentos con tal que los presenten ántes de la conclusion para difinitiva; *ibi*: "Salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien ge»lo puede recibir ante de las razones cerradas."

9 Lo mismo se establece con mayor claridad en la *ley* 6. *tit.* 11. *lib.* 3. *del Ordenam. Real*: *ibi*: "Pero bien »queremos, y mandamos, que si la parte tuviere cartas »algunas, ó instrumentos, que atengan á su pleyto que »las pueda producir, y probar por ellas, fasta que sean »las razones cerradas, y el pleyto concluso; porque des»pues no puede por cartas, ó instrumentos mas proban»za hacer." Concuerda en todo lo prevenido en las referidas leyes con el *cap.* 9. *extr. de Fide instrumentor.*

10 Si por las leyes se permitió á los que litigaban hacer uso de los instrumentos para probar su intencion en qualquiera parte del proceso hasta su conclusion, se coartó y limitó despues por otras leyes posteriores á unos términos muy precisos, concluyendo todas con la disposicion uniforme de no ser lícito presentar instrumentos despues de la conclusion para difinitiva.

11 El actor y el reo son iguales en la obligacion, que les imponen las mismas leyes, de presentar con sus escritos las escrituras de que quieren valerse; y solo se diferencian en que el actor, quando pone su demanda, ha de traer y presentar sus escrituras, y el reo goza de aquel término, que le concede el emplazamiento para que delibere su contestacion; pero en el punto mismo en que la formalice y presente al Juez, lo ha de hacer tambien de las respectivas escrituras.

12 Tambien convienen en que no haciendo lo dicho en el tiempo de la presentacion de sus escritos, no son admitidas despues en el progreso de la causa, aunque lo hagan ántes de la conclusion para difinitiva.

13 Por esta regla sencilla se gobiernan las reconvencio-

ciones y excepciones: porque el que las pone, aunque goza de tiempo señalado para meditarlas y producirlas, como se reviste del carácter y representacion de actor, está en el caso de presentar al mismo tiempo sus escrituras, segun y en la forma que se prescribe y declara en el que pone su demanda, verificándose igual disposicion en el que replica á las reconvenciones y excepciones, porque en esta parte es reo, y está comprehendido en la regla general ya insinuada.

14 Pero hay una limitacion comun al actor y al reo en el tiempo y en la forma de usar de ella, y se reduce á que pasados los respectivos términos que les estan señalados en sus demandas y contestaciones, excepciones, reconvenciones y réplicas, pueden presentar escrituras, haciendo juramento que nuevamente las hubiéron, y que ántes no las tenian, ni sabian de ellas, ni las pudiéron haber para presentarlas en el dicho tiempo.

15 Con esta solemnidad y juramento serán admitidas las escrituras que convengan á su derecho y justicia, concurriendo el que las presenten en el progreso de la causa y ántes de la conclusion para difinitiva; pues ni el juramento ni la solemnidad indicada rompen el punto de la conclusion, ni hacen lugar á que despues de ella se admitan.

16 Esto es lo que en resumen establecen las leyes en la regla y en la limitacion explicadas: *ley.* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*: las 1. *y* 2. *tit.* 5; y las 1. 2. *y* 3. *tit.* 9. *del mismo libro.*

17 El Señor Covarr. *en sus Qüestiones prácticas al cap.* 20. *n.* 8. refiere lo dispuesto en estas leyes en quanto al tiempo, fórmulas y solemnidades introducidas en ellas; y asegura no observarse en los tribunales, y estar reducida su práctica á lo dispuesto por las leyes antiguas citadas, y por el enunciado *cap.* 9. *ext. de Fide instrumentor.* ibi: *Hodie tamen receptum est, posse instrumenta quælibet ab actore, vel reo proferri in judicium, quocumque litis tempore, usque ad causæ conclusionem, quæ fuerit facta, ut*

ut statim difinitiva pronuncietur sententia, etiam nullo præstito juramento: quæ quidem praxis juri communi convenit, et legi regiæ, quæ paulo ante nominatim citata fuit, nempe legi 6. tit. 11. lib. 3. Ordinam., et legi 1. tit. 4. eod. lib. 3. Nec in hoc ulla potest contingere dubitatio, aut controversia.

18. Pareja *de Instrum. edition. tit. 6. resol. 3. n. 30.* con el Paz *tom. 1. part. 1. temp. 7. n. 34*, Aceved. *in leg. 1. tit. 9. lib. 4. n. 5.* y otros contestan con el Señor Covarrubias la práctica y estilo, que observáron constantemente los tribunales de recibir los instrumentos, que presentaban las partes en qualquier estado de la causa hasta la conclusion para difinitiva, sin haber recibido ni usado las nuevas restricciones y fórmulas establecidas por las leyes posteriores que se citan, señaladamente las *1. y 2. tit. 2. lib. 4. de la Recop.*: la *1. tit. 5*; y las *1. y 2. tit. 9. del prop. lib.*

19 Ya se consideren los referidos autores como testigos, pues siempre lo serán de la mayor excepcion por su grande autoridad y carácter, ó bien se miren como peritos en el arte de que tratan, asegurando unos hechos que presenciáron y observáron dentro de los tribunales, alegándolos al mismo tiempo por notorios, no será lícito dudar de su verdad: Pareja *de Instrum. edit. tit. 2. resol. 2. n. 53*: Salg. *de Reg. part. 1. cap. 1. prælud. 3. n. 179*: Ceball. *Com. contra com. lib. 1. quæst. 1.* siguiendo á Bartulo *in leg. 31. ff. de Legib.*

20 Con la misma seguridad atribuyen al enunciado estilo y práctica los efectos de haber impedido ó derogado los que debiéron producir las citadas leyes en la precisa observancia y cumplimiento de todo lo que nuevamente dispusiéron, señalando el tiempo en que debian presentarse los instrumentos, y que pasado no se admitiesen, salvo con las solemnidades del juramento que previenen, haciéndolo necesariamente en el progreso de la causa hasta la conclusion para difinitiva.

21 Esta opinion, en quanto al superior efecto que da al estilo y práctica de impedir ó derogar las leyes, tie-

tiene grande repugnancia, y puede traer perjudicialísimas conseqüencias si se admite con la generalidad, que la proponen sus autores, sin exâminar los principios y causas que pudiéron tener los tribunales y Magistrados para retener tenazmente la práctica antigua, y resistir la que se estableció de nuevo por las posteriores leyes citadas.

22 Porque estableciéndose todas sobre el mas serio exámen de los Ministros del Consejo, y sobre un dictamen, cuya uniformidad debe ser á lo ménos de dos de las tres partes, como se dispone en la *ley* 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*, no parece que pueda haber práctica que prevalezca contra ellas.

23 Á la verdad que su objeto es siempre el beneficio público que sale calificado con la autoridad de tan superior tribunal, y mucho mas con la del Soberano de quien recibe el ser, siendo su publicacion el término en que empieza la obligacion de todos los súbditos á guardar y cumplir religiosamente las leyes, sin que la voluntad de estos tenga el menor influxo en su aceptacion, porque no pende de ella, ni de que la usen.

24 Esto es lo que dispone literalmente la *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.* mandando que se determinen los pleytos y causas, así civiles como criminales, de qualquier calidad ó cantidad que sean, por los ordenamientos, leyes, pragmáticas ó fueros, aunque no sean usadas, ni guardadas; y en la *ley* 9. *del propio título y libro* se estrecha mas la observancia y cumplimiento de las enunciadas leyes y pragmáticas, salvo que estuviesen derogadas por otras. En esta misma ley que hizo publicar el señor Don Felipe III. el año de 1610, se hace cargo de que su observancia ha sido y es muy importante y necesaria, y que no la ha habido como conviene, procediendo esto, así del poco cuidado, que de su execucion y de las penas impuestas por ellas han tenido las Justicias, como de haberse usado de diversos medios é invenciones para defraudar lo por ellas proveido; y motivan-

do el desagrado que en ello habia recibido, y los grandes daños é inconvenientes que habian resultado, estimó por el mas breve y eficaz remedio que se restableciese la puntual observancia y cumplimiento de dichas leyes.

25 Á consulta del Consejo pleno, de 4 de Diciembre de 1713, se formó el *auto acordado* 1. *tit.* 1. *lib.* 2, en el que se renueva la memoria de las leyes y ordenamientos que habian establecido el señor Rey Don Alonso el XI, Era 1386, los señores Reyes católicos en el año de 1499, Don Fernando y Doña Juana en el de 1505, Don Felipe II en el de 1567, y Don Felipe III en el de 1610. En todas estas leyes se dispone que así para actuar como para determinar los pleytos y causas que se ofrecieren, se guarden integramente las leyes de la *Recopilacion* de estos reynos, los ordenamientos y pragmáticas, leyes de las *Partidas*, y los otros fueros en lo que estuvieren en uso, no obstante que de ellas se diga que no son usadas ni guardadas; y considerando el gran daño que resulta de su inobservancia al servicio de Dios, del Rey y de la causa pública, encargó el Consejo mucho á las Chancillerías y Audiencias, y á los demas tribunales de estos reynos, el cuidado y atencion de observar las ley es pátrias con la mayor exâctitud; pues de lo contrario procederia el Consejo irremisiblemente contra los inobedientes.

26 En el *auto acordado* 2. *del prop. tit. y lib.* mandó el señor D. Felipe V, con fecha de 12 de Junio de 1714, lo siguiente: "Todas las leyes del Reyno, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deven observar literalmente, sin que pueda admitirse la escusa de decir que no estan en uso; pues así lo ordenáron los señores Reyes Cathólicos, y sus sucesores en repetidas leyes, y Yo lo tengo mandado en diferentes ocasiones; y aun quando estuviesen derogadas, es visto averlas renovado por el Decreto, que conforme á ellas expedí, aunque no las expresase: sobre lo qual estará ad-

ver-

»vertido el Consejo, zelando siempre la importancia de »este asunto."

27 Estos mismos sentimientos acerca de la obligacion, que tienen los súbditos á cumplir las leyes que se publican por los Reyes, explicáron con las mas graves autoridades D. Thom. *Prim. secund. quæst.* 90. *art.* 3. *et* 4: S. August. de *Ver. Relig.*; *et* Aristot. *Ethicor. lib.* 10. *cap.* 9.

28 Las leyes no deben ser desatadas por ninguna manera, salvo que llegasen á ser contrarias al bien público; y entónces el conocimiento del daño, y la autoridad de enmendarlo derogando en todo ó en parte la ley, es privativo del autor de ella. Esto es lo que disponen las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1, estando igualmente prohibida á todos su interpretacion ó declaracion: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

29 Si fuera lícito á los súbditos no admitir la ley, ó no observarla despues, no estarian muy distantes de caer en el detestable vicio de abrir un camino arbitrario para resistir impunemente el cumplimiento de las leyes á pretexto de considerarlas perjudiciales al Estado, viniendo el pueblo á concebir en sí una idea de aquella potestad Real, que en otro tiempo se le quiso atribuir sin contenerse en la natural y divina sujecion, que deben á los Príncipes para obedecer y cumplir religiosamente sus ordenaciones.

30 Ménos deberá permitirse la inobservancia y contravencion de las leyes á los Jueces y tribunales, que estan puestos por los mismos Reyes para cumplirlas por sí, y hacerlas guardar á todos los súbditos, usando si es necesario del apremio y de la pena.

31 Si los mismos tribunales hallasen por la experiencia y por el uso que no corresponden las leyes al beneficio público que prometian en su establecimiento, y que producen en su observancia contrarios efectos, deben representarlos al Rey para que los haga exâminar con aquella detenida meditacion que pide la importancia del asunto. Este es un camino obsequioso y grato á

los Soberanos, el mismo que señalan las leyes y los cánones, y el mas conforme á sus justas intenciones de enmendar el daño, que por qualquiera causa pueda resultar á sus súbditos. Por tanto lo encargan muy estrechamente, así con respecto á las leyes como á las cartas y provisiones particulares que son dadas en perjuicio de tercero, ó con daño del público: *ley* 3. *tit.* 1. *lib.* 2: las 1. 2. *y* 3. *tit.* 14. *lib.* 4. *de la Recop.*: las 30. *y* 31. *tit.* 18. *Part.* 3: el *cap.* 5. *ext. de Rescrip.* y el 6. *ext. de Præbend.*

32 Se haria increible, si no lo aseverasen unos autores de tan alto carácter y notoria integridad, que los Jueces y tribunales del reyno obrasen en la ordenacion de las causas contra la forma que estaba dada en las leyes, sabiendo que ni el estilo ni el uso de los tribunales puede derogarlas, y que á lo mas que puede extenderse su efecto es á declararlas ó interpretarlas quando son dudosas.

33 Esta es la doctrina sólida que procede de la *ley* 1. *tit.* 2. *Part.* 1. *y siguiente*: Salgad. *de Retention. part.* 2. *cap.* 7. *n.* 34. con otros muchos que refiere, viniendo á ser recibida por comun opinion, fundada en que el estilo y uso de los tribunales solamente recibirá la fuerza de ley para alterar y derogar las que se hallan publicadas, llegando á noticia del Rey, y prestando su consentimiento, como lo manifiesta la citada *ley* 1. *tit.* 2. *Part.* 1; y es inverosímil y aun repugnante que quando los Reyes habian trabajado tanto en hacer valer, guardar y cumplir sus leyes, aunque se dixese que no se habian usado ni guardado, cayesen en la débil condescendencia de tolerar á los Jueces y tribunales su manifiesta contravencion, disimulándoles al mismo tiempo el desprecio que habian hecho de ellas.

34 Esta práctica indicada por los referidos autores se hace mas intolerable, no solo por el mal exemplo que trae á los demas Jueces y tribunales para desatender las leyes, sino tambien porque en aquella práctica y estilo no se descubre razon alguna de utilidad pública ni de equi-

dad

dad y justicia, que la haga preferir á lo dispuesto por las citadas leyes en el tiempo, forma y solemnidades con que deben presentarse los documentos: porque si el actor los ha buscado como debe para venir preparado al juicio, supuesto que ha podido tomarse el tiempo necesario, y los tuviese en su poder quando presenta su demanda, no le perjudica que los produzca con ella, ántes bien es conforme á la sinceridad y buena fe que piden los juicios que manifieste al demandado los títulos y escrituras que justifican su derecho en lo que pretende.

35 Es asimismo dicha práctica de grande utilidad al demandado: porque en vista y con presencia de las escrituras, en que funda su intencion el actor, podrá deliberar su condescendencia y allanamiento sin entrar en contradicciones y pleytos; y esto trae grandes ventajas, no solo á los que han de litigar sino principalmente á la causa pública, que tanto se interesa en impedirlos, ó en abreviarlos, quando no se puede lograr lo primero.

36 Si el actor no tuviese escrituras al tiempo en que pone su demanda, ni noticia de ellas, y adquiriese posteriormente en el progreso de la causa algunas con que pueda probar su intencion, tampoco halla embarazo que perjudique á su justicia, pues está en su arbitrio removerlo con solo el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia con las demas fórmulas que indican las citadas leyes; y suponiendo ser cierto el hecho que refiere, nada aventura en probarlo con su juramento; y si reservó maliciosamente las enunciadas escrituras, y no quiso usar de ellas quando puso su demanda, para no descubrir al demandado los títulos que aseguraban su justicia, obra entónces contra la sinceridad y buena fe de las leyes, y no le debe aprovechar su fraude.

37 En el reo procede con igualdad esta doctrina; pues si en el término señalado en su emplazamiento, y en el que quando acaba éste le conceden las leyes para contestar la demanda y poner excepciones, no hubiese hallado ni recogido las escrituras, que puedan conducir á pro-

probar su intencion, para presentarlas con su escrito, tiene el mismo auxîlio de la ley para hacerlo en todo el progreso de la causa baxo del juramento, fórmula y solemnidades que son comunes al actor, verificándose una entera uniformidad en la presentacion de escrituras, y en el poder afianzar en ellas su justicia.

38 Las leyes antiguas, que permitian á las partes presentar las escrituras hasta la conclusion de la causa, convienen con las posteriores en este punto, y la diferencia consiste únicamente en que por aquellas las podian presentar simplemente sin necesidad de juramento de que hubiese llegado nuevamente á su noticia; y esta mayor libertad, que suponen los autores citados haberse retenido y continuado en los tribunales con desprecio de las leyes posteriores, da motivo á los que litigan para reservar sus respectivas escrituras, y sorprehender con ellas á las partes casi al fin de la causa, obligando á sufrir mayores dilaciones, si las han de reconocer con la atencion que corresponde para redargüirlas de falsas, comprobarlas, y dar lugar á que por las otras partes se presenten otras separadamente, en que sean necesarias iguales dilaciones, retardándose la conclusion de la causa.

39 Si se cotejan con madura reflexîon las antiguas leyes con las posteriores, se demuestran las ventajas que producen estas en favor de los que litigan y de la causa pública; y sin duda que por no haber alguna en lo dispuesto por aquellas leyes, ni en la observancia que se les atribuye en los tribunales, no las señalan los que estan por esta práctica.

40 Unos autores refieren sencillamente la práctica y estilo de los tribunales, y otros alegan por razon única el estar fundada en mayor equidad para que la verdad y la justicia no perezcan, no admitiendo las escrituras por no haberlas presentado en el tiempo, y con el juramento y solemnidades prevenidas en las leyes posteriores; pero esta razon es muy débil, y está excluida á primera reflexîon: porque no se trata de no admitir los instrumentos que

que presentan las partes ántes de la conclusion para difinitiva, y sí solo de no recibir aquellos que tenian en su poder, y pudiéron presentar con sus respectivos escritos de la demanda, contestacion y excepciones, y los reservaron por cautela y dolo para no manifestar á la parte contraria las pruebas y fundamentos de su intencion, haciendo uso separadamente de las escrituras en el progreso de la causa para darla mayor duracion en perjuicio de las partes y del público.

41 Tampoco se trata de no admitir las escrituras que pasado el tiempo de la presentacion de las demandas y excepciones, reconvenciones y repulsas, llegáron á noticia de las partes; ántes bien disponen las leyes antiguas y modernas que deben admitirse con la sola diferencia de que por las últimas lo han de hacer con el juramento indicado; concluyéndose por esta demostracion que la verdad y la justicia quedan siempre afianzadas en los instrumentos que presentan las partes hasta la conclusion, y solo ocurren las últimas leyes á la malicia y al dolo de los que no quisiéron presentarlas, teniéndolas en su poder, ó pudiendo tenerlas al tiempo de poner sus demandas ó excepciones.

42 Ninguna de las leyes antiguas ni modernas dispone ni manda que se admitan las escrituras, que se presentaren despues de la conclusion hasta la sentencia difinitiva; ni se prohibe tampoco su presentacion ó admision; pero de unas y de otras se infiere por una conseqüencia casi necesaria que no se deben admitir los instrumentos que presentaren desde la conclusion hasta la sentencia difinitiva: porque habiéndose puesto aquella por punto y término final hasta donde era lícito usar de escrituras, ya lo hiciesen libremente segun lo disponen las leyes antiguas, y el estilo de los tribunales que se ha indicado, ó ya con las restricciones del juramento y fórmulas que señalan las posteriores que tambien se han citado, queda en aquel punto extinguida la facultad de producir nuevas escrituras, no solo por efecto del argumento contra-

trario que se deduce, sino principalmente por lo esencial de la positiva disposicion que contienen las citadas leyes.

43 Esta proposicion está demostrada en el capítulo octavo de estas *Instituciones*, tratando de los términos señalados por las leyes para hacer la probanza en primera instancia, y con otros muchos exemplares de que se hace mérito en el propio capítulo acerca del influxo y efecto que esencialmente producen los términos, para que pasados se entienda prohibido lo que dentro de ellos se podia hacer. Esta regla tiene una limitacion principal recibida en los tribunales, y fundada en la autoridad de graves autores antiguos y modernos, señaladamente del señor Covarr. *en el citado cap.* 20. *de sus Prácticas n.* 8, de Pareja *en el tit.* 6. *resol.* 3. *n.* 30, *limitacion* 1, y de Paz *tom.* 1. *part.* 1. *tempore* 7. *n.* 34. con otros muchos que refieren.

44 Redúcese esta limitacion á los instrumentos que despues de la conclusion hubiesen llegado á noticia de las partes, probando esta verdad con su juramento, con tal que la escritura que se presente conduzca principalmente á descubrir la verdad y la justicia de la parte que usase de ella.

45 Si con la sentencia que se hubiese de dar se acaban las instancias, y no hay otra posterior en que hacer uso de tales instrumentos, obliga mas la equidad á que se reciban para no ver perecer sin remedio la justicia de la parte que los presenta. Con sola esta consideracion ha estimado el Consejo que se deben admitir los instrumentos, que se presentan en los grados de segunda suplicacion sin embargo de que la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone: Que estas causas se vean y determinen "de los mismos autos del proceso, sin rescibir escrito, »ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegacio»nes, ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pe»dimentos, por via de restitucion, ni en otra manera »alguna."

46 De la inteligencia y exposicion de esta ley, y de los

los fundamentos que persuaden deber admitirse los instrumentos que se presentan en este extraordinario recurso, manifestándose en ellos la justicia de la parte que los presenta, trató con solidez y extension Maldon. *de Secund. supplicat. tit. 6. quæst. 5*, cuya doctrina conduce mucho al último artículo de que se va tratando.

47 He observado que los referidos autores dedicáron todo su cuidado á persuadir el caso y circunstancias, con que deben admitirse las escrituras despues de la conclusion hasta la sentencia difinitiva; pero no explican el conocimiento y diligencias que deben preceder á la admision de los instrumentos, ni la direccion de la causa hasta volverla á poner en estado de sentencia; que es en lo que se ofrecen los puntos mas árduos en la práctica, de que es necesario hallarse instruido.

48 Supuesta la presentacion de escrituras despues de la conclusion toma el Juez un conocimiento pasagero de lo que contienen, y si concibe que no conducen, ni prueban la principal intencion de la parte, ó á lo ménos duda de ello, provee el auto siguiente: "Pónganse con »los autos para los efectos que haya lugar, sin perjui»cio de su estado."

49 En esta providencia se contiene una reserva para declarar en la sentencia difinitiva si ha lugar ó no á admitir dichas escrituras: porque siendo este un artículo ó incidente conexô con el mérito de la causa principal, que pide mayor exámen, y que no es de los judiciales que miran al órden del juicio; y teniendo por otra parte contra sí la ley que prohibe admitir escrituras despues de la conclusion, entra por todos respectos la regla de que puede el Juez reservar la decision para difinitiva, sin que en ella cause á las partes agravio que induzca nulidad ni injusticia, que dé motivo para apelar de la enunciada reserva, que es sentencia interlocutoria. Con esta distincion procede la doctrina de Salgado *de Reg. part. 2. cap. 18*, de Carl. *de Judic. tit. 2. disput. 5. n. 13*, y de Mol. *de Prim. lib. 4. cap. 9. n. 42.* con otros muchos.

50 El instrumento que se presente despues de la conclusion ha de tener la precisa calidad de probar la intencion del que lo produce de un modo claro y convincente; pues entónces tiene lugar la equidad, que obliga á relaxar la regla establecida de excluir toda prueba despues de la conclusion, aunque sea de instrumentos, para que no perezca aquella justicia que se toca como de bulto en la misma escritura; y como esta demostracion ha de resultar del reconocimiento del proceso y combinacion de las pretensiones, no es fácil decidir esta calidad sin mas alto exámen y conocimiento de la causa en lo principal.

51 Si por el conocimiento que tomase el Juez con respecto al estado en que se halla la causa para dar sentencia difinitiva, ó suspenderla admitiendo las escrituras, hallase que estas no influyen en el mérito de la justicia, y que presentadas ántes de la conclusion en tiempo oportuno no inclinarian el ánimo del Juez á que la concibiese y declarase á favor del que las propone y presenta, entónces podrá estimar y declarar que no deben admitirse, y proceder en el mismo auto á dar sentencia difinitiva en lo principal de la causa.

52 Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, si con solo presentarlas con el juramento indicado se hubiesen de admitir y comunicar á las partes contrarias, como seria preciso abriendo el juicio con alegaciones, excepciones de falsedad, comprobaciones, y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.

53 Pero si al tiempo de oir y reconocer lo principal del proceso, y cotejarlo con las escrituras presentadas, concibiese el Juez que si son verdaderas y legítimas podrá formar nuevo juicio acerca de la justicia de la parte que las presenta, provee un auto admitiéndolas, y mandando dar traslado de ellas á las otras partes que litigan, suspendiendo la sentencia difinitiva.

El

54 El referido auto por el qual admite las escrituras, precedida la instruccion y exámen conveniente para asegurar el dictámen del Juez sobre la utilidad é importancia de ellas, revoca y repone el de la conclusion que ántes habia dado por la incompatibilidad que tienen entre sí; pues el de conclusion impide toda alegacion y defensa, aunque sea por escrituras, y el posterior en que las admite remueve aquel impedimento, y dexa en libertad á las partes para que redarguyan de falsas las citadas escrituras, ó presenten otras que destruyan ó debiliten su contenido, y hagan en fin las defensas que estimen convenientes.

55 Esta proposicion es bien notoria, y la comprueban con uniformidad los autores en las dos partes que contiene: la una que el auto de conclusion, por el que se cerráron todas las razones á las partes, es interlocutorio, y que puede de consiguiente revocarse por el mismo Juez de la causa: la otra que el auto posterior en que se admiten las nuevas escrituras, y se comunican á las otras partes, abre el juicio, y es incompatible estar cerrado y abierto; y en estos términos se explican los autores: Parej. *de Inst. edit. tit. 6. resol. 3. limitat. 2:* Menoch. *de Præsumpt. præsump. 63. n. 4. et de Arbit. lib. 1. q. 35:* Giurb. *decis. 83. n. 2.* y Fontanel. *decis. 104. n. 1. al 4*, en donde refiere la práctica observada en lo antiguo de concluirse segunda vez, quando se habia abierto la primera conclusion para recibir nuevas probanzas al menor por efecto de su restitucion; y aunque añade desde el *núm. 5.* que en su tiempo se procedia, sin repetir la conclusion, á sentenciar la causa, funda este nuevo estilo en que la restitucion se concedia al menor sin perjuicio del estado que tenia la causa por consequencia de una particular constitucion que cita; y la enunciada cláusula preservativa de que se entendiese la prueba del menor sin perjuicio del estado mantenia el efecto de la anterior conclusion sin necesidad de repetirla.

56 Si el Juez por el contexto de la escritura conci-

biese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legítima y valedera, puede y debe admitirla inmediatamente, comunicándola á las otras partes para que usen de su derecho y defensa en los términos, y por los medios indicados en el caso antecedente.

CAPÍTULO XII.

De la sentencia difinitiva y sus efectos.

1 En dos cosas estan enteramente de acuerdo las partes que litigan en quanto á la conclusion que fué el asunto del capítulo antecedente; es á saber, en que nada tienen que añadir á lo que han alegado y probado en órden á lo que conduce á su defensa, y en excitar el oficio del Juez pidiendo que acabe la instancia con su sentencia, quien está en obligacion de hacerlo con aquella brevedad, que tanto recomiendan todos los derechos sin tocar en la precipitacion que resisten.

2 Para guardar esta justa y equitativa proporcion pone su primera atencion en descubrir la verdad de los hechos, obra verdaderamente dificil: porque debiendo buscarse por el estrecho camino de la razon, se halla éste las mas veces intrincado y lleno de los embarazos que con estudiadas apariencias han preparado las partes ó sus defensores.

3 La verdad que deben buscar los Jueces está reducida al *jus cujusque suum*; pues siendo el objeto y fin de la justicia que la obtenga la parte á quien corresponde, viene á ser esto lo primero en la intencion del Juez, y lo último en la execucion, sucediendo en aquella lo contrario, porque sirve de medio su conocimiento.

4 Por estos principios se entenderá fácilmente por qué mandan las leyes con tan estrecho encargo á los Jueces que busquen la verdad: por qué les advierten que no se detengan en las solemnidades y fórmulas del órden de los juicios: por qué les señalan que la busquen precisamen-

mente en los hechos del proceso: por qué los obligan á que los reconozcan y exâminen con detenida reflexion y combinacion de sus partes; y por qué finalmente detestan las mismas leyes la precipitacion, trascendiendo su influxo hasta decir nulas las sentencias que con ella se dieren.

5 Todos los derechos convienen en las proposiciones indicadas, y esta uniformidad prueba que la razon en que se fundan es invariable y una misma en todas las personas, en todas las causas y en todos los tiempos.

6 En la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. se dispone: "Que »seyendo hallada, y probada la verdad del fecho por el »proceso, en qualquier de las instancias que se viere, so»bre que se pueda dar cierta sentencia, que los Jueces »que conoscieren de los pleytos, y los ovieren de librar, »los determinen, y juzguen segun la verdad, que halla»ren probada en los tales pleytos."

7 La *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2, y la 8. *tit.* 13. *del propio libro* hacen igual encargo de que se determinen los pleytos solamente sabida la verdad; y la 11. *tit.* 4. *Part.* 3. previene lo mismo con palabras mas fuertes y expresivas: "Verdad (dice) es cosa que los Judgadores deven catar en »los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo: é por»ende, qùando las partes contienden sobre algund pleyto »en juicio, deven los Judgadores ser acuciosos en puñar »de saber la verdad del, por quantas maneras pudieren :::: »É quando supieren la verdad, deven dar su juicio, en la »manera que entendieren que lo han de facer segund de»recho." Lo mismo confirma y canoniza la *ley* 3. *tit.* 22. *de la misma Partida.* "É catada, é escodriñada, é sabida »la verdad del fecho, deve ser dado todo juicio, mayor»mente aquel que dicen sentencia difinitiva:" *leyes* 5. *y* 7. *del propio tit. y Part.*: *canon* 11. *caus.* 3. *quæst.* 5: *cap.* 6. *ext. de Judiciis*: *ley* 14. *Cod. dict. tit.*: la 6. *ff. de Transactionib.* ibi: *De iis controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti*: *ley* 15. *Cod. eodem*, ibi: *Ut responsum congruens ac-*

ci-

cipere possis, insere pacti exemplum. En la *ley* 52. §. 2. *ff. ad leg. Aquiliam*, respondiendo el Jurisconsulto Alfeno dixo: *In causa, jus esse positum*; y la *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *de la Recop.* tratando de los pleytos y de lo que se debe poner útilmente en ellos, dice: "Do tan solamente se »puede poner simplemente el hecho, de que nace el de»recho: ::: mas cada una (habla de las partes que litigan) »ponga el hecho en encerradas razones."

8 En fuerza de estos principios se perciben claramente todas las razones en que se han fundado para encaminar á los Jueces á que busquen la verdad de los hechos, y á que lo hagan con suma diligencia y trabajo escudriñando todas sus partes, y conociendo la fuerza de los hechos y de las palabras; y los Jueces que no proceden con este reflexivo exámen, presume el derecho que mas usan de su voluntad y capricho que de su razon y entendimiento, y consideran nula la sentencia que dieren con tal precipitacion.

9 La duda consistirá en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel previo y circunspecto exámen que mandan las leyes, ó con la precipitacion que resisten; y para resolver esta duda no hay ley que señale el tiempo y las circunstancias que lo manifiesten, y es preciso reservarlas al prudente conocimiento de los Jueces superiores, atendido lo voluminoso del proceso, la entidad y gravedad de la cosa que se litiga, y las dificultades que se ofrecen en su decision: de manera que se venga á conocer casi con evidencia que l Juez, por diligente y experto que sea, no pudo tomar aquel exacto conocimiento de los hechos, que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia.

10 Aunque el *cap.* 2. *ext. de Sentent. et re judicat.* dice: *Jurgantium controversias celeri sententia terminare, et æquitati convenit, et rigori*; esta disposicion se dirige á excluir la morosidad del Juez y la duracion de las causas, obligándole á que las determine y acabe con su sentencia luego que haya tomado el preciso y debido co-

no-

nocimiento de la verdad de los hechos, y se halle por conseqüencia instruido del derecho que compete á las partes para declararlo, y hacerlo observar en cumplimiento de su sentencia. Esta es la natural inteligencia que conforme á las palabras del texto, y conciliándolas con las que detestan la precipitacion del juicio, se debe dar al citado *cap.* 2, y la misma que dió Gonzal. *en su Coment. al mismo cap.* despreciando otras ménos fundadas.

11 La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. señala el término de veinte dias desde la conclusion del pleyto para que el Juez dé y pronuncie la sentencia difinitiva; pero no determina si pronunciándola ántes se ha de tener por precipitada, ni si induce nulidad de la misma sentencia, aunque la dé pasados los veinte dias; y así queda siempre pendiente del arbitrio del Juez superior considerar la precipitacion de la sentencia, conciliando el tiempo en que se dió, la entidad y gravedad de la causa, y las demas calidades que se han indicado por regla de este artículo.

12 Estas dos partes que son del cargo del Juez, reducidas á instruirse bien de la verdad por los hechos del proceso, exâminando por sí mismo, como lo dispone en los Jueces de primera instancia la *ley* 6. *tit.* 9. *lib.* 4, se comprehenden juntamente en la citacion relativa á la sentencia en el auto interlocutorio, que provee el Juez sobre la conclusion de las partes en los términos siguientes: "Por concluso y autos, citadas las partes."

13 En la primera parte de este auto se manifiesta que el Juez queda enterado de que las partes no tienen, ni quieren decir mas en su defensa que lo expuesto y probado, y que en esta inteligencia cumplirá las obligaciones que son de su cargo. En la segunda parte pide los autos, y manda que el escribano se los pase para verlos por sí mismo, informándose de la verdad de los hechos para dar su juicio y sentencia en la causa; y en la última parte incluye la citacion que es necesaria para que tenga efecto la sentencia.

14 Esta es la parte mas recomendable de los juicios por

porque los acaba, y redime á los que litigan de los grandes males que padecen en su seguimiento. A este intento se explicó oportunamente la *ley* 2. *tit.* 22. *Part.* 3. con estas palabras: "Grande es el pro que del juicio nace, »que es dado derechamente. Ca por él se acaban las con»tiendas que los omes han entre sí delante de los Juzga»dores, é alcanza cada uno su derecho." Lo mismo dispone la *ley* 19. en su principio *del propio tit. y Part.*

15 No solo acaba el juicio la sentencia difinitiva para las partes que han litigado, sino tambien para el Juez que la dió, porque no la puede mudar en todo ni en parte substancial, como se dispone literalmente en la *ley* 3. *tt.* 22. *Part.* 3. *ibi*: "Porque tal juicio como este, pues que »una vez lo oviere bien, ó mal juzgado, non lo puede to»ller, nin mudar aquel Juez que lo juzgó: *ley.* 4. *y* 22. *del prop. tit. y Part.* y conforma con estas leyes la 54. *ff. de Re judic.*, y la siguen con uniformidad todos los autores.

16 En las antecedentes leyes, señaladamente en la 3. *tit.* 22. *Part.* 3, se contiene aquel principio de que la sentencia debe ser conforme al libelo. Mas expresamente y en repetidos exemplos lo dispone la *ley* 16. *del mism. tit. y Part.*; por cuyo contexto se percibe que la conformidad de la sentencia ha de corresponder á las acciones, á las cosas, y á las personas que forman el juicio; y en qualquiera parte de las tres que falte la conformidad, llevará el vicio de nula, y no producirá efecto alguno, ni merecerá el nombre de sentencia.

17 Esta verdad bien conocida por las leyes y por la uniforme opinion de los autores se presentará mas demostrada en los exemplos y casos respectivos á cada una de las tres partes indicadas.

18 En quanto á las acciones se procede con dos supuestos: uno que el dominio de las cosas solo puede adquirirse por una causa ó título, y aunque las demas concurran, no hallan objeto en que exercitar su influxo, porque está perfectamente acabado por el de la primera causa; que es decir que lo que es propio no puede ser mas pro-

pio,

pio, como lo insinúa por su principio legal el §. 10. *Institut. de Legat*, y lo amplian con otras leyes y autoridades el Vinnio *en su Comentar.* Olea *tit. 6. quest. 7. n. 8. 9. y 20*: Salgad. *de Supplicat. part. 1. cap. 2. sec. 4. n. 166.* con otros muchos que refieren.

19 Pueden sin embargo unirse muchas causas ó títulos de donde nazcan diversas acciones para conservar y fortificar lo adquirido, y poder usar de alguna de ellas quando otra se infrigiese ó caducase. Este, que es el segundo supuesto, se confirma por los mismos autores próximamente citados; y se funda en la disposicion literal de la *ley 25. tit. 2. Part. 3*, la qual advierte al demandador que quando demande la cosa por suya, exprese la causa ó razon porque hubo el señorío de ella, "así co-»mo por compra, ó por donadío, ó por otra manera qual-»quier, que aquella ponga en su demanda." Esta observacion la hace por dos fines; y el segundo, que expresa la ley, "es porque si acaesciese, que el demandador non »prueve aquella razon, que puso en la demanda, porque »decia que era suya, que la puede despues demandar por »otra razon, si la oviere: é non le embargará el prime-»ro juicio, que fué dado contra él sobre aquella cosa »misma, pues que por otra razon la demanda, que non »ha que ver con la primera."

20 Esta ley prueba el supuesto indicado, esto es, que pueden unirse muchas causas para usar de ellas separadamente en mas segura conservacion de sus derechos; y prueba tambien mas abiertamente que la sentencia guardó toda conformidad con la accion que se puso en la demanda, sin que extendiese sus efectos á las que no se habian producido en el juicio, pudiendo la parte usar de ellas en otro separado, acabado el primero.

21 El mismo concepto explicó la *ley 11. §. 2. ff. de Exception. rei judicat.* con estas palabras: *Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit: si postea alia ex causa petat, causa adjecta, non debet summoveri exceptione.*

22 El heredero puede usar de dos acciones para recobrar las cosas que poseia el difunto al tiempo de su muerte, y pasáron despues á poder de otro: una nace del título *pro hærede*, y se completa probando la posesion del difunto al tiempo de su muerte; y aunque el demandado se defienda con su posesion, vencerá el actor, y le será restituida la cosa. Esta proposicion se funda principalmente en que compitiéndose las dos posesiones, una del difunto, que es anterior á la que despues de su muerte adquirió el demandado, favorece el derecho á la antigua por una razon sólida, que consiste en que la posesion en tanto es atendible en quanto por ella se presume el dominio á favor del mismo poseedor, y queda al cargo del último probar el hecho de habérsele trasladado el dominio desde el antiguo, cuya mutacion, que es de mero hecho, no se presume.

23 Por esta regla se conoce la grande utilidad que logra el heredero en usar de este título para recobrar las cosas de la herencia que se detentan, ó poseen por otros: porque siéndole mas fácil probar la posesion del difunto, y por un influxo de presuncion legal el dominio, vencerá al nuevo poseedor que se defiende con solo el título de su posesion, y podrá defenderse despues de qualquiera que intente vindicar la cosa con el hecho de que el actor no probase su dominio, que son las dos ventajas que advirtió oportunamente á todo demandador la *ley* 27. *tit.* 2. *Part.* 3.

24 Dedúcese tambien de los mismos principios insinuados que si en el uso de la accion *pro hærede*, reducida al juicio posesorio, fuese repelida no con el influxo de la última posesion sino corroborándola con un título capaz de trasladar en aquel nuevo poseedor el dominio, será entónces absuelto, y cederá el heredero en la accion intentada.

25 Con esta distincion procedió en esta materia Gomez á la *ley* 45 *de Toro desde el n.* 156, explicando largamente sus casos y circunstancias; y la apoyó en quanto

to á la preferencia de la antigua posesion *Posthio de Manuten. observ.* 71, y en la *decis.* 147. *n.* 1, y en la 218. *n.* 3. con Menochi. *de Præsumptionib. lib.* 6. *præsumpt.* 62. 63. *y* 64, en donde asegura y funda que la antigua posesion se presume continuada, y lo mismo el dominio hasta el tiempo presente, y ha de probar el nuevo poseedor la mutacion ó traslacion si quiere obtenerla en juicio; pues como es efecto de la voluntad del primer poseedor, no se presume el hecho de su variacion.

26 Esto es lo que dispone literalmente la *ley* 10. *título.* 14. *Part.* 3. acerca del dominio y de la posesion, y da la razon: "Porque sospecháron los sabios antiguos, »que todo ome que en alguna sazon fué señor de la cosa, »que lo es aun, fasta que sea provado lo contrario::::: »Mas si aquel que provó, que fué tenedor en algund »tiempo de la cosa sobre que es la contienda, dice aun, »é otorga, que oy en dia es tenedor de ella, sin falla »devemos sospechar que lo sea, fasta que el otro quel »refierta la tenencia, prueve el contrario."

27 Al mismo intento conduce la *ley* 3. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.*, por la qual se dió nueva instruccion y forma para hacer efectiva la restitucion de los términos públicos y comunes de las ciudades, villas y lugares que estaban ocupados por otras comunidades, caballeros y oficiales, advirtiendo oportunamente que probándose que los enunciados términos públicos y comunes estan en la demarcacion de la ciudad, villa ó lugar que pide la restitucion, no puede el que los ocupa defenderse con sola su posesion; y es la razon, porque fundando la ciudad su intencion en la que adquirió mas antigua de todos los términos comprehendidos en los confines que la fuéron señalados, se presume su continuacion, y se estima violenta y turbativa la ocupacion posterior.

28 Pero si además de la enunciada posesion alegase y mostrase el demandado algun título procedente de la misma ciudad capaz de trasladar la posesion y el dominio de los términos que se quieren recobrar, vencerá en

este juicio el demandado, y quedará á salvo, así en este caso como en los demas correspondientes á los juicios posesorios, el derecho y accion para pedir la propiedad, como se dispone en la citada *ley* 3. *tit.* 7, y en la 27. *tit.* 2. *Part.* 3.

29 Queda demostrado por las disposiciones referidas que la sentencia solamente acaba la accion que se deduxo en juicio. En quanto á las cosas aun debe ser mas prolija y ajustada la conformidad de la sentencia, no solo con lo que demanda sino tambien en la forma y manera con que se pide. Esto es lo que literalmente dispone la *ley* 16. *tit.* 22. *Part.* 3. "Afincadamente debe catar »el Judgador, que cosa es aquella sobre que contienden »las partes antel en juicio; é otrosí en que manera facen »la demanda."

30 Estas dos partes se explican con mayor claridad en la misma ley con sus respectivos exemplos: "Ca si »fuere fecha la demanda antel sobre un campo, ó sobre »una viña, é el quisiere dar juicio sobre casas, ó bestias, »ó sobre otra cosa que non perteneciese á la demanda, »non deve valer tal juicio." Lo mismo dispone si reduciéndose la demanda sobre el señorío de la cosa, se diese la sentencia sobre la posesion, y estos son los dos exemplos que corresponden á la diversidad de las cosas demandadas.

31 De la identidad en el modo y manera de la demanda se trata en los otros dos exemplos, que se reducen: el primero á lo que se pide generalmente, como un siervo ó caballo que se habian prometido ó mandado al actor, sin que este lo nombrase y señalase en su demanda, y el Juez lo señalase y nombrase en su sentencia, la qual dice la ley, que no seria valedera, y da la razon, "porque bien así como fué fecha antel la demanda en ge»neral, en aquella misma manera deve él dar el juicio."

32 El segundo caso y exemplo consiste en la accion noxâl, que se propone en juicio con el fin de que sea satisfecho el daño ó entregada la bestia ó el siervo que lo hi-

hizo; y determinando el Juez en su sentencia la parte ó extremo que ha de cumplir el demandado, falta la conformidad de la sentencia con el modo ó alternativa de la demanda; y es por conseqüencia nula por el exceso que contiene, y por el agravio que causa al demandado quitándole la opcion que le dan las leyes.

33 El propio concepto tendrá la sentencia en las rescisiones de las compras y ventas que se intentan por la lesion enormísima; pues dirigiéndose estas acciones en la forma alternativa para que se supla el precio, ó se restituya la cosa vendida, si el Juez no guarda en su sentencia la misma forma, procediendo á mandar determinadamente alguna de las dos partes contenidas en la demanda, sentirá igual efecto de nulidad por su exceso, y faltará á la conformidad que se requiere para su validacion, como se demuestra en la *ley* 56. *tit.* 5. *Part.* 5, en la 2. *tit.* 11. *lib.* 5. *de la Recop.*, y en el *cap.* 3. *ext. de Emption. et vendition.*

34 La sentencia guarda conformidad con las personas que litigan, quando únicamente las comprehende en su literal disposicion y en sus efectos sin extenderlos á otras; y esta es la regla establecida por todos los derechos. La *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: "Guisada cosa es, é derecha, que el juicio que fuere »dado contra alguno, non empezca á otro"; y continúa con repetidos exemplos en que se asegura y confirma esta disposicion; y lo mismo se supone en la *ley* 19. *del prop. tit. y Partid.*; y en el *cap.* 25. *ext. de Sentent. et re judicat.* se hace supuesto del mismo principio: ibi: *Quamvis regulariter aliis non noceat res inter alios judicata*: *ley* 1. *ff. de Exception. rei judicat.* ibi: *Cum res inter alios judicatæ nullum aliis præjudicium faciant*: *ley* 1. *Cod. Inter alios acta, vel judicat. aliis non nocer.* ibi: *Inter alios res gestas aliis non posse præjudicium facere sæpe constitutum est*; y la *ley* 63. *ff. de Re judicat. Sæpe constitutum est res inter alios actas aliis non præjudicare.*

35 De esta regla tomáron ocasion muchos autores pa-

para formar tratados difusos acerca de sus ampliaciones y excepciones, haciendo esta materia tan obscura que no es fácil percibirla con la claridad que se debe.

36 Los principales que tratáron de ella con mejores luces fuéron el Señor Covarrubias *Practicar. cap.* 13: Scacia *de Sentent. et re judicat. glos.* 14. *q.* 12: Giurb. *decis.* 20: Gonzal. *in cap.* 25. *de Sent. et re judicat*: Salgad. *de Regia. part.* 4. *cap.* 8. *al n.* 267.

37 Bien exâminadas y combinadas las dudas que excitan estos autores, y sus resoluciones, me ha parecido que pueden reducirse por un método sencillo, y para su mas fácil inteligencia, á dos proposiciones que abrazen las principales y mas comunes limitaciones de la regla con expresion de sus causas, exponiendo como preliminar la razon en que se funda la regla de que *res inter alios acta aliis non noceat.*

38 La razon, que hay para que la cosa juzgada entre unos no deba perjudicar á otros, consiste en que la citacion y audiencia toca en la defensa natural, y lo que se determina sin este prévio requisito es nulo, y no produce efecto perjudicial á los que no fuéron oídos en el pleyto.

39 Quando el principal interesado, que tiene la primera parte en la accion y derecho que se disputa, promueve, ó defiende la instancia, y es vencido en la sentencia que pasa en cosa juzgada, le obsta de lleno esta excepcion; pero igualmente trasciende á todos sus sucesores universales y particulares, y á qualquiera otro que traiga y derive su derecho de aquel principal que fué vencido; pues aunque las personas sean realmente diversas, se consideran en lo legal unas mismas, porque convienen en la causa próxîma del derecho que se disputó y executorió con la sentencia, y queda por virtud de ella destituido de toda accion ó excepcion el principal que litigó, que es la fuente y raiz de los demas, á quienes no pudo transferirse lo que faltó en él.

40 En esta clase y por las razones indicadas com-

pre-

prehendió la *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3. en la fuerza del juicio afinado "á los contendores, é á sus herederos", y extendió sus efectos contra todos los otros "que ficiesen de»manda por ellos, ó en su nome."

41 El juicio que es dado á favor del hijo contra el padre, que no quiso reconocerle, no solo perjudica á éste, que es el principal que litigaba, sino tambien á todos sus parientes en razon de los bienes que pretendan heredar por el parentesco del que fué estimado y declarado por padre, como se dispone en la *ley* 20 *del prop. tit.* 22. *Part.* 3, y en la *ley* 1. *§. últim.* y en la *ley* 2. *ff. de Agnoscend. et alend. liber.*

42 Lo mismo sucede quando se disputa la ingenuidad ó libertad, y es vencido el señor ó el patrono, y declarado por ingénuo ó libre el que estaba reputado por libertino ó siervo; pues esta sentencia no solo perjudica á los principales que litigáron, sino á todos los demas que exciten igual derecho, queriéndolo tomar de aquellos mismos que fuéron vencidos.

43 Lo mismo se halla establecido, y debe observarse en la sentencia que es dada contra el heredero fiduciario, que perjudique igualmente al fideicomisario. La sentencia que se da contra el heredero instituido ofende igualmente al substituto; y lo mismo se verifica en los poseedores de mayorazgo respecto de sus descendientes ó transversales, que por aquella línea ó inmediacion de su persona quieran derivar su derecho.

44 La misma *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. propone otro caso igual á los antecedentes, reducido á que "quando »alguno desheredase sin derecho, é sin razon, á sus fijos, »ó á sus nietos, en su testamento, é dexase sus bienes á »otros herederos; si juicio fuere dado sobre esta razon »contra aquellos que amparaban el testamento, non tan »solamente empece á los que son establecidos por here»deros, mas aun á todos los otros á quien era algo man»dado en aquel testamento."

45 Tres partes contiene el caso de esta ley: la prime-

mera que la accion promovida contra el testamento es la que se llama *querela inofficiosi testamenti*, nacida de haber desheredado el padre á sus hijos ó nietos: la segunda que este pleyto se trató únicamente con los herederos escritos en el testamento, como principales interesados y contradictores en su valor sin audiencia ni noticia de los legatarios; pues no hace memoria de esta circunstancia, que no omite en otros casos, quando la estima necesaria para que perjudique á otros; y en la tercera parte pone la conseqüencia de que la sentencia que es dada contra el principal, de cuya fuente y raiz procedè el derecho de los legatarios, perjudica á estos, aunque no hayan sido citados, ni tenido la menor noticia del pleyto.

46 La referida disposicion es en todo conforme á las leyes antiguas del derecho de los Romanos, señaladamente á la *ley* 8. §. 16. *de Inof. testam.*, á la *ley* 13. y á la 28. *del prop. tit.*; pero lo contrario se dispone en la *ley* 7. *tit.* 8. *Part.* 6. *ibi*: "Otrosí decimos, que como quier »quel fijo, ó el nieto que fuese desheredado en el testa»mento, lo quebrantase por alguna de las razones sobre»dichas, con todo eso, las mandas que fuéron y escritas, »é las libertades que fuesen y mandadas, é otorgadas á los »siervos, non se embargan, nin se desatan por esta razon."

47 Esta ley de *Partida* es arreglada en todo al derecho mas nuevo establecido en la *novela* 115, de la qual se formó la *auténtica*, *Ex causa*, *Cod. de Liber. præterit. vel exhæredat.* ibi: *Ex causa exhæredationis*, *vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutiones*: *cætera namque firma permanent*; y se adoptó y explicó en la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*

48 Debe notarse que la pretericion, que se enuncia en esta *auténtica*, no es relativa al padre, porque entónces seria nulo el testamento, y no procederia el caso de la *querela inofficiosi testamenti*; pero entendiéndose con respecto á la madre, es equivalente á la desheredacion del padre, y procede el mismo remedio y auxìlio á favor de los hijos.

Los

49 Los legados caducaban por el derecho antiguo, faltando la institucion de heredero escrito en el testamento, porque se miraban como accesorios y dependientes de esta cabeza principal; pero habiéndose alterado esta constitucion por las posteriores citadas, y dadose existencia independiente á los legados; aunque se irrite la institucion de heredero, con lo qual se satisface á la injuria y perjuicio que padecian los hijos en la desheredacion del padre y pretericion de la madre, quedan ilesas las demas disposiciones particulares del mismo testamento.

50 Por este medio quedan rectamente conciliadas las citadas dos leyes de las *Partidas*, y demostrada asimismo la conclusion de la primera de que la sentencia dada contra el principal contradictor del pleyto perjudica á los legatarios en el hypotesi de que pendiese su derecho de la raiz de la institucion.

51 Por un medio enteramente contrario al que se ha insinuado en los casos referidos se demostrará que hay otros en que la sentencia, que se da contra una persona que litiga, perjudica á otras que no fuéron citadas ni oidas. Hasta aquí se ha tratado de las sentencias dadas contra los principales interesados que tenian la primera parte en la accion y defensa de lo que se disputa; ahora se hablará de las sentencias que se dan contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende; y para que el efecto de estas sentencias trascienda con igual fuerza de cosa juzgada á los principales, á quienes toca en primer órden la accion ó defensa de lo que se disputa, es preciso que estos tengan noticia del pleyto, y que toleren que se siga y defienda por los que estan en el segundo órden, que es la diferencia de las dos clases insinuadas, la misma que se percibirá con mayor claridad á vista de los casos particulares que corresponden á esta segunda.

52 La *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3. pone el primer exemplar en los que tienen á empeño ó por prenda para la seguridad de sus créditos las cosas de sus deudores; y per-

mite que con estos se siga pleyto sobre el dominio de la cosa dada en prenda ; pues con esta noticia, y la tolerancia de dexar correr la defensa á cargo del deudor, se entiende y presume que presta su consentimiento á estar y pasar por lo que se determinase en aquel pleyto, y que le perjudicará con la misma fuerza de cosa juzgada la sentencia que se diere contra el deudor en quanto á perder la accion y derecho que tenia en la prenda, quedándole únicamente reservado el correspondiente á la cantidad de la deuda.

53 Esta es la disposicion literal de la citada *ley* 20. distribuida en dos partes: una positiva que es la que se ha referido ; y otra negativa ó por un sentido contrario que sirve de confirmacion á la primera en quanto dice : "Mas si despues que fuere empeñada, entrare en »pleyto sobre ella él que la empeñó, non lo sabiendo »aquel que la tiene á peños, non le empece el juicio que »diesen contra el que gela avia empeñado;" y esta ley parece que se formó de la 63. *ff. de Re judicat.*, la misma que se resumió en el *cap.* 25. *ext. de Sentent. et re judicat.*

54 El segundo exemplar, que pone en esta clase la citada *ley* 20, es relativo al marido que permite que su suegro, suegra, ó muger entren en pleyto con otro sobre defender en juicio alguna de las cosas que le fueren dadas en razon del casamiento ; pues en el hecho de saberlo y no contradecirlo le perjudica el juicio que fuere dado contra alguna de las referidas personas: "por»que semeja, que por su voluntad fué juzgado, pues »que supo que andaban en pleyto sobre aquella cosa, é »non lo contradixo."

55 Lo mismo sucede en el comprador, que sabiendo que el vendedor entra en pleyto con otro sobre la cosa que tiene comprada, no lo contradice : "Ca si sentencia que fuere dada contra el vendedor, torna á daño »á aquel que compró la cosa del, como quier que des»pues sea tenudo el vendedor, de gela facer sana.

56 En estos tres casos referidos, y en los demas en que

que haya de tener lugar esta limitacion de la regla, deben concurrir estas tres circunstancias: que el que sabe y tolera que se siga el pleyto con otro tenga la accion ó defensa en primer órden para promoverla ó defenderla, pudiendo impedir al otro que lo execute como principal, en lo qual se encierran dos de los requisitos apetecidos; y el tercero consiste en que el derecho, que reside en el que tiene la accion de primer órden, proceda de aquel mismo á quien permite litigar.

57 El señor Covarrubias en el *cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 7. pone al contrario el exemplo del acreedor que tiene en su poder la prenda, y del deudor que como dueño de ella se la entregó, y dice que para que tenga lugar la disposicion insinuada en este caso, ha de ser el mismo deudor el que permita al acreedor, que tiene en su poder la prenda, que litigue sobre el dominio de ella, y entónces la sentencia que contra éste se diere perjudicará al deudor en quien se conserva el dominio, y á quien atribuye la accion y defensa en primer lugar sobre la propiedad de la prenda; y esta es una de las razones de mayor momento que expone el señor Covarrubias en el lugar citado con otras que sirven de fundamento á su opinion.

58 Pero como esto se opone abiertamente á la citada *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3, no es lícito apartarse de su observancia y cumplimiento para seguir el dictámen del Señor Covarrubias, aunque sea muy respetable por su autoridad y grande sabiduría. Quisiera prescindir de la obligacion que impone la citada *ley de Partida*, y de la opinion que forman las leyes de los Romanos que tambien se han referido, y sin embargo no estaria por la del señor Covarrubias, porque sus fundamentos no me parecen adaptables al caso de que tratan las enunciadas leyes.

59 Deduce este autor de la intencion del Jurisconsulto en la enunciada *ley* 63. *ff. de Re judicat.* tres precisas circunstancias, que deben concurrir para que tenga

lugar su decision en la forma y términos que se proponen en ella, y que admitió con entera conformidad la referida *ley de Partida*: la primera circunstancia es que tenga noticia del pleyto aquel á quien ha de perjudicar la sentencia: la segunda que le corresponda la accion y defensa directamente y en primer lugar, y no al litigante, aunque éste tenga interes en el vencimiento del pleyto; y la tercera que en él se trate del derecho y dominio del litigante, del qual como de su propio autor haya recibido su derecho ó dominio el que permite se siga con el otro el juicio.

60 En el *n. 7. vers. Ex quibus* se explica el citado Covarrubias en los términos siguientes: *Tandem in summa, ut quæstionem istam absolvamus, ex ipso Jurisconsulto deducimus, tunc demum sententiam inter alios latam aliis nocere, cum tria concurrunt simul, non alias regulariter. Primum scientia illius, cui nocere debet sententia: oportet enim, quod is sciat causam agi, et tractari. Secundum, quod hujus litis, et controversiæ defensio, et actio primo loco, præcipue, ac directe, spectet ad illum, non ad litigantem, etiamsi ejus intersit victoriam obtinere. Tertium, quod in hac lite tractetur de jure, et dominio litigantis, à quo velut ab auctore propio constat jus, vel dominium ipsius, qui patitur rem istam cum alio tractari.*

61 En todas estas proposiciones convengo con el señor Covarrubias, y la discordia estriba únicamente en su aplicacion. En efecto este autor entiende que al deudor le compete en primer lugar la accion ó defensa sobre la propiedad de la prenda; pues al citado *n. 7. vers. Primum* se explica en estos términos: *Cum debitori propie vere, ac primo loco competat actio, vel defensio super pignoris propietate*; y yo soy de sentir que la defensa sobre la prenda y su propiedad toca en primer lugar al acreedor, en cuyo poder se halla la cosa.

62 Esta es la proposicion capital que decide la qüestion; y á mi parecer se prueba con toda demostracion, teniendo presente que en el pleyto que se trata con el deu-

deudor sobre el dominio y propiedad de la cosa, que él mismo dió en prenda á su acreedor, es demandado con la accion real vindicatoria por otro que pretende ser dueño de la misma cosa, y ocupa aquel en este juicio el lugar de reo, á quien compete la defensa.

63 Esto se halla bien descubierto en la citada *ley* 20. por aquellas palabras: "fuere vencido," y por las siguientes: "el juicio que diesen contra él;" sin que se halle alguna que indique que el deudor sea actor en el juicio. Lo mismo se percibe de la citada *ley* 63. ibi: *Veluti si creditor experiri passus sit debitorem de propietate pignoris*; debiendo notarse la fuerza de aquella expresion *experiri*, que manifiesta que el deudor era reconvenido por otro, pues si fuera actor deberia decir: *Si creditor agere passus sit debitorem de propietate pignoris*; además de que no habia proporcion para que como actor tratase del dominio de una cosa que él mismo habia dado en prenda á su acreedor, y en cuya posesion se hallaba éste.

64 Con este supuesto, que es la especie del pleyto que se trae por exemplar en las leyes referidas, se procede á demostrar dos proposiciones: la primera que el actor, que usa de accion real procedente del dominio, mira como objeto de este juicio la restitucion de la cosa en que pretende tenerlo, y debe dirigir su accion contra aquel que la tiene en su posesion y tenencia: Vinnius §. 1. *Institut. de Actionib. vers.* 16. *et* 17: *ley* 25. *ff. de Obligat. et action.* ibi: *In rem actio est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, pettimus, et semper adversus eum est, qui rem possidet*: *ley* 36. *de Rei vindicat.* ibi: *Qui pettitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere*: *ley* 80. *eod. tit. ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: "Tenencia, ó Señorío, queriendo demandar un ome en »juicio á otro,:::: devela pedir á aquel que la fallare."

65 En la segunda proposicion se probará con igual evidencia que el acreedor, á quien se dió la cosa en prenda, adquiere la posesion: *ley* 16. *ff. de Usucapionib.*:

ley

ley 35. §. 1. *ff. de Pignorat. action.* ibi: *Pignus, manente propietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem*: *ley* 40. §. 2. *eod. tit.*: *ley* 1. §. 15: *ley* 36. *ff. de Adquirend. posses.*, y la 14. *tit.* 13. *Part.* 5.

66 Sale por legítima conseqüencia de las dos proposiciones antecedentes que la demanda, que se intente sobre la propiedad de la cosa, se ha de poner precisamente contra aquel que tenga la posesion de la cosa empeñada por prenda; y que este debe ser el principal reo, á quien toca en primer lugar su defensa, como tambien se prueba por la citada *ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. "E el tenedor »devese amparar, é responder sobre ella; fueras ende si »la oviese, é la guardase en nome de otro, é non se »atreviese, ó non quisiese entrar en juicio, para ampa»rarla."

67 Si el actor que usase de la accion real vindicatoria la dirigiese contra el que estaba tenido por dueño de la misma cosa que habia empeñado, poco fruto sacaria de este juicio, aunque venciese al demandado: porque no podia restituirle la cosa, ni el Juez le podia compeler á su entrega, pues se hallaba en la posesion de otro, con quien debió entenderse primeramente este juicio.

68 Resumiendo por último todas las proposiciones antecedentes se concluye necesariamente que toca al acreedor defender en primer lugar la prenda que le está entregada, en la que adquirió posesion: que pudo impedir á su deudor, aunque se tuviese, ó titulase dueño de ella, que entrase en la defensa del pleyto contra el que la intentaba vindicar: que por el hecho mismo de haber sabido que el deudor tomaba á su cargo defender la propiedad de la prenda, permitiéndole que siguiese aquel juicio como principal, se entiende que prestó su tácito consentimiento á estar y pasar por la sentencia que se diere; y siendo contra el deudor, aunque éste no tuviese la posesion, ni pudiese restituir la cosa, obligaba la sentencia al acreedor á cumplir con la entrega y restitucion de la prenda que tenia en su poder, quedándo-

dole á salvo, como se ha dicho, la accion contra su deudor para pedir la que le estaba debiendo por efecto de la obligacion precedente á la prenda.

69 Resulta tambien que este derecho, y posesion adquirida en la prenda, tuvo su orígen del mismo deudor que litiga, concurriendo unidas en este caso todas las tres circunstancias que consideró necesarias el mismo señor Covarrubias, y quedan explicadas.

70 Por la serie de los casos que forman la limitacion de la regla de que la cosa juzgada no perjudique á otros, viene á quedar expedito el conocimiento práctico de la misma regla, por la qual se debe estar y juzgar en qualquiera duda que ocurra; y se manifiesta al mismo tiempo la verdadera inteligencia de la otra regla, que obliga á que la sentencia sea conforme al libelo, extendiéndola sobre estos conocimientos de un modo sencillo que abraze con claridad las personas, las acciones ó excepciones, y las cosas que se han tratado en el juicio, como se verá mas claramente por el tenor de la sentencia difinitiva, que debe dar el Juez en el juicio que se propuso por objeto de estas *Instituciones.*

Sentencia difinitiva. En la villa de T., á tantos de tal mes y año, el señor N. vistos estos autos dixo: Que debia declarar, y declaró que la parte de N. probó bien y cumplidamente su accion y demanda; y que no lo hizo la de N. de la excepcion, compensacion, y mutua reconvencion que ha propuesto en ellos; y en su conseqüencia debia de condenar y condenó á dicho N. á que en el término de nueve dias pague al nominado N. los diez mil reales de vellon, porque ha sido demandado, y por esta su sentencia así lo proveyó y mandó.

PAR-

PARTE SEGUNDA.

CAPITULO I.

De la nulidad de la sentencia difinitiva.

1 Hasta aquí hemos explicado con la posible claridad todos los trámites del juicio, y el modo de introducir y dirigir las partes que litigan sus acciones hasta obtener la declaracion del derecho, que les compete por medio de la sentencia difinitiva que el Juez de la causa pronuncia. Desde ahora empezarémos á tratar con igual distincion de los medios por donde la parte, que se sintiere agraviada en dicha sentencia, puede reparar los perjuicios que el Juez le hubiere irrogado con ella, procurando hacerla nula, y de ningun valor y efecto.

2 La nulidad pues de la sentencia puede intentarse como accion directa sola, ó como acompañada de la apelacion. De estos dos medios hacen mérito el Señor Covarrub. *Practicar. cap.* 24. *n.* 7. *in fin. et* 8. *vers. Verum*: Vantius *de Nullitat. tit.* 6. *cap. Quot, et quibus modis nullitas. nn.* 2. 9. 11. *et* 12: Altimar. *de Nullitatib. rub.* 1. *q.* 3. *n.* 19: Scacia *de Appellationib. q.* 19. *remed.* 1. *conclus.* 3. *n.* 1. *conclus.* 4. *nn.* 1. 92. 93. *et conclus.* 5. *n.* 64, con otros autores que refieren en los lugares citados, quienes exponen la forma en que debe intentarse la accion directa de nulidad por los dos medios indicados; pero se percibirá mejor reduciendo cada uno de ellos al método y conclusion de los escritos correspondientes.

3 N. en nombre de N., vecino de esta villa, en los autos con N. sobre pago de diez mil reales de vellon, y otras cosas que se han deducido en ellos, digo: Que por sentencia dada y pronunciada en 10. del presente mes de Enero se sirvió Vm. declarar y mandar ::::: (*aquí el tenor*

nor substancial de la sentencia) Y hablando con la debida moderacion contiene dicha sentencia notoria nulidad, y es de ningun valor y efecto: lo primero porque se dió sin la prévia citacion de las partes: lo segundo porque no se hizo publicacion de testigos, sin embargo de haberlo pedido mi parte en tiempo y forma::::: (*aquí se expresan las causas específicas en que se funda la nulidad*) Por todo lo qual: Suplico á Vm. se sirva estimar y declarar por nula, de ningun valor y efecto la citada sentencia, y reponiendo y supliendo los defectos que van indicados, proveer y determinar en esta causa, conforme á las pretensiones de mi parte, en todo lo favorable, por ser de justicia que pido, costas &c.

4 N.::::: (*se continúa lo mismo que en el antecedente escrito hasta referir el tenor de la sentencia*) la qual, hablando con la debida moderacion, es nula, de ningun valor y efecto; y quando sea en sí alguna, es injusta, gravosa y perjudicial á mi parte: porque::::: (*aquí se expresan en resumen y con la posible brevedad las causas en que se funda la nulidad, y se indican al mismo tiempo las que manifiestan la injusticia en el todo ó parte de la sentencia, y se concluye*) Por tanto, y apelando en forma de la citada sentencia: Suplico á Vm. se sirva admitirme dicha apelacion, y mandar se me dé el testimonio correspondiente para usar de él, y mejorarla en la Real Chancillería &c., por ser de justicia que pido &c.

5 Tambien se puede hacer uso de la nulidad que contenga la sentencia por incidencia de la apelacion; y esto tiene lugar quando solo se habla de su injusticia ante el Juez que la dió, y se apela de ella para el tribunal superior, en donde podrá motivarse la nulidad al mismo tiempo que se expongan las causas y fundamentos de la injusticia; y este es el tercer medio que señalan los mismos autores.

6 Para proponer y formalizar la accion directa de nulidad, conforme al primer medio, señalan las leyes el término perentorio de sesenta dias contados desde la noti-

ficacion de la misma sentencia, como se dispone en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*, sin que pueda usar de este remedio pasado el dicho tiempo, como se manifiesta en la dicha ley: *ibi:* "Si alguno alegare contra la sen»tencia que es ninguna, puédalo decir hasta sesenta dias »desde el dia que fuere dada la sentencia; y si en los »sesenta dias no lo dixere, no sea oido despues sobre esta »razon."

7 Este mismo término prescribe la ley al recurso de nulidad, quando se intenta como accion principal juntamente con la apelacion en la forma del segundo medio que se ha propuesto. La diferencia entre este recurso y el primero consiste únicamente en que para salir acompañado de la apelacion, y correr mejor suerte en su progreso, necesita anticipar y atemperar su uso al término de la apelacion.

8 La *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3. hace particular encargo á los que han de pedir y demandar sus derechos que lo hagan ante aquel Juez, "que ha poder de juzgar al de»mandado." Al mismo fin y por lo mucho que importa que se empiezen y continúen los juicios en los tribunales competentes para no exponerlos á nulidades, y que sean ilusorias las determinaciones con daño del público y de las partes, trabajáron mucho los autores en señalar y declarar los fueros y sus causas, tanto para las demandas como para las reconvenciones, formando á este intento tratados difusos, que se podrán consultar en los casos que ocurran, señaladamente el *de Judiciis* de Carleval.

9 Con el mismo conocimiento de lo mucho que importa no equivocar el Juez, ante quien se han de poner las instancias, recursos y apelaciones sobre las nulidades que contengan las sentencias difinitivas, han explicado este artículo los autores que tratáron de intento la materia de nulidad; pero lo hacen con tanta variedad en sus opiniones, y con fundamentos tan arbitrarios tomados en la mayor parte del derecho de los Romanos, que no es fácil á los profesores modernos asegurarse del Juez, ante quien pueden y deben tratar de la nulidad de las sen-

sentencias difinitivas, que se dieren contra las partes que defiendan.

10 El Señor Covarrubias, *en el cap.* 24 *de sus Prácticas*, *al n.* 6. *vers. Tandem*, trata de la nulidad que se intenta como accion principal, independiente y separada de la apelacion y de qualquiera otro remedio, y estima en primer lugar que pendiente el juicio de nulidad no se debe hacer novedad en la causa principal.

11 Baxo este supuesto procede luego á exâminar si se ha de tener y revocar inmediatamente por atentada la novedad que se hiciere pendiente aquel juicio de nulidad, y se explica con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibitionem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, si fuerint post hanc inhibitionem attentata.* En estas palabras manifiesta claramente que estaba pendiente el juicio de nulidad intentada como accion principal ante el Juez superior del que habia dado la sentencia, sin que haga memoria, ni resuelva si podria tratarse de la misma nulidad ante el Juez que la causó en su sentencia.

12 En el mismo lugar al núm. 8 hace supuesto el mismo autor de la nulidad introducida como accion principal juntamente con la apelacion, y si ésta quedase desierta, es de dictámen que puede continuarse la nulidad por sí sola. Esta proposicion discretiva confirma que en el anterior núm. 6 trató de la nulidad producida por sí sola sin auxîlio de la apelacion ante el Juez superior del que dió la sentencia, y en el mismo Juez superior radica el conocimiento de la que se interpuso con la apelacion, aunque ésta se haya desamparado.

13 Acevedo en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *nn.* 1. 2. *y* 3. pone en arbitrio del actor introducir y formar el juicio de nulidad ante el Juez ordinario que dió la sentencia, ó ante el tribunal superior, recurriendo á éste por via de queja. Vantius *de Nullitat. tit.* 3. *n.* 8. conviene en que se puede tratar de la nulidad ó bien ante el mismo Juez

que dió la sentencia, ó bien ante el superior. Á este dictámen pone una limitacion, que se reduce al caso en que la nulidad de la sentencia proceda por injuria, soborno, ó otra iniquidad del Juez; pues entónces no permite se intente que conozca de ella el mismo que dió la sentencia, porque aunque la parte quisiera hacer confianza de aquel Juez, no se le puede obligar á que lo sea de su propia iniquidad.

14 Altimari *de Nullitatib. part.* 1. *rub.* 3. *n.* 15. hace tambien electivo el uso de la nulidad intentada por accion principal ante el mismo Juez que dió la sentencia, ó ante su superior, siguiendo en esto la opinion de Scacia *de Apellationib. q.* 19. *conclus.* 6. *n.* 86.

15 El autor de la *Curia Philípica* habla con obscuridad del caso propuesto *en su primera parte §.* 18. *n.* 15. *ibi*: "La causa de la nulidad se ha de pedir y tratar, no »se habiendo apelado de la sentencia, ante el mismo Juez »que la dió: y habiéndose apelado de ella, ante el supe»rior, sino interpuso la apelacion de la nulidad princi»palmente, sino simplemente por incidencia de la causa »principal."

16 Por este modo de explicarse parece que solo permite el conocimiento de la nulidad al Juez superior, quando se ha recurrido á él por via de apelacion; y niega de consiguiente el recurso de queja ó nulidad intentada principalmente ante el mismo superior.

17 Paz *tom.* 1. *part.* 1. *temp.* 12. *n.* 8. solo hace mérito del conocimiento que compete al Juez que dió la sentencia para declarar sobre su nulidad, sin que recuerde el que pudiera corresponder al superior: *ibi*: *Contingit aliquando, quod postquam sententia diffinitiva lata est, adversus eam agitur per viam nullitatis, et si appareat nullam esse, Judex qui eam protulit, retractare poterit.*

18 Bien reflexionadas las opiniones de los autores citados me parece que convienen en la conclusion principal de que la nulidad puede intentarse, conocerse de ella, y declararse ante el Juez que dió la sentencia difinitiva, ó en el

el tribunal superior, consistiendo toda la diferencia de sus dictámenes únicamente en el modo de explicarse, ó en que unos tratáron de los dos medios, y otros habláron determinadamente de alguno de ellos sin excluir el otro de que podrian usar tambien las partes.

19 Aunque estan los referidos autores bastantemente complicados en la exposicion de la teórica y de sus fundamentos acerca del caso propuesto, que es el de la nulidad de la sentencia difinitiva intentada como accion principal, sola é independiente de la apelacion y de otro remedio, autorizando el conocimiento del Juez inferior que dió la sentencia con las leyes y cánones que refieren, añade el Paz á este propósito la *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 3. *ibi*: "Aquel mismo Judgador que dió su juicio »por falsos testigos, ó por falsas cartas, lo puede desfa»cer él, ó otro su Mayoral, si gelo pidieren, é lo pro»baren;" y al mismo intento conduce mas expresamente la *ley* 13. *tit.* 22. *de la misma Part.*, que afirma que aunque no se haya apelado de la sentencia difinitiva, si se intentase y probase despues que fué dada "por fal»sos testigos, ó por falsas cartas, ó por otra falsedad »qualquier, ó por dineros, ó por don con que oviese »corrompido el Juez," que se puede, y debe desatar tal juicio.

20 No pudiendo pues caber duda en que el juicio dado con la falsedad y corrupciones indicadas contiene iniquidad y nulidad, que impide el concepto de sentencia y los efectos de cosa juzgada, se convence por la letra de la citada *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 3. que puede conocer de esta nulidad y de qualquiera otra, que se intente como accion principal, sola é independiente, el Juzgador que dió el juicio, ó su mayoral.

21 Acerca del modo y forma con que se ha de proponer la accion de nulidad en los respectivos tribunales estan diminutos los referidos autores. Paz en el lugar citado reduce su instruccion á la nulidad intentada ante el mismo Juez que dió la sentencia; y no la extiende á que

que se haya de producir en el tribunal superior, al qual debe recurrirse en la forma siguiente:

M. P. S.

22 N. en nombre, y en virtud del poder que en debida forma presento, de N., vecino de N., ante V. A. me presento por el recurso de nulidad, queja, agravio, ó el que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del Alcalde mayor de la expresada villa, especial y señaladamente de la sentencia difinitiva, que en 10 de Enero próximo dió y pronunció en los autos que mi parte ha seguido en su tribunal con N. de tal vecindad, sobre paga de diez mil reales de vellon, por la qual:::: (*aquí el tenor substancial de la sentencia*) y constando por su literal contexto, y por el de los mismos autos, que es nula, de ningun valor, ni efecto, y notoriamente injusta, como dada sobre instrumentos y testigos falsos, sin publicacion de probanzas, conclusion, ni citacion:::: (*aquí las causas en que se motive y funde la nulidad*) Por tanto: Á V. A. suplico que habiendo por presentado dicho poder, y á mi parte por el recurso de nulidad, ó el que mas haya lugar en derecho, se sirva mandar librar la Real provision conveniente con emplazamiento en forma á la parte contraria, para que el referido Alcalde mayor remita los autos originales dentro del breve término que se le señale, sin proceder *ad ulteriora*; y venidos que sean, estimar y declarar la nulidad de la citada sentencia, reponiéndola con todo lo obrado en su execucion, y devolviendo los autos á dicho Alcalde mayor para que los determine en lo principal, conforme á justicia que pido &c.

23 Tambien podria prepararse este recurso ante el mismo Juez que dió la sentencia, indicando la nulidad que contiene, y concluyendo con la sencilla pretension de que para proponer y mejorar mas en forma el competente recurso de nulidad en el tribunal superior, le man-

mandase dar testimonio de la enunciada sentencia, y de esta pretension introducida en tiempo y forma; y con este testimonio se presenta ante el superior en la misma forma que se contiene en el anterior escrito.

24 El Juez superior del Alcalde mayor que dió la sentencia difinitiva, de cuya nulidad se trata, puede ser la Chancillería de Granada, á cuyo superior tribunal podrá recurrirse por via de queja proponiendo derechamente la nulidad; no obstante que opine lo contrario Acevedo á la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *n.* 2, en donde supone que el Juez superior para introducir y admitir el recurso de nulidad no es la Chancillería, á donde dice que solo puede recurrirse por via de apelacion.

25 Esta opinion no tiene el menor fundamento, y la resisten las leyes que tratan de las Chancillerías y Audiencias. La *ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 2. dispone que una de las Audiencias resida continuamente en la villa de Valladolid; y da la razon, por ser villa noble y convenible para ello: que la otra Audiencia, que ántes residia en Ciudad-Real, esté en la ciudad de Granada por igual razon de estar, como está, en comarca mas conveniente de todas las ciudades, villas y lugares de la Andalucía, y reyno de Murcia.

26 Esta ley, como todas las que se han establecido para la buena administracion de justicia, mira como primer objeto la conveniencia de los vasallos en los ménos gastos, y en el menos tiempo para alcanzar su justicia; pues en estos dos artículos consiste su propio interes y el de la causa pública.

27 Con la misma consideracion de reunir estos dos objetos se dividiéron los territorios correspondientes á cada una de estas dos Chancillerías en la *ley* 2. *del propio tit. y lib.*, y se ordenó entre otras cosas que todos los concejos y universidades, como tambien las personas, vecinos y moradores de ellos, que estuviesen allende del rio Tajo, hayan de ir á la Chancillería de Granada con todos sus pleytos, causas y negocios, de que segun

gun las leyes y ordenanzas de estos reynos pueden conocer los Oidores, Alcaldes y notarios.

28 En la referida coleccion universal de todos sus pleytos, causas y negocios se comprehenden necesariamente los que se intenten sobre nulidad de las sentencias difinitivas, que se dieren por los Jueces inferiores de aquel territorio; y no se halla en algunas de las *leyes del citado tit.* 5, ni en otros que yo haya visto, que se limite, excluya, ni prohiba el que conozcan las Chancillerías de los negocios y causas sobre nulidad intentada principalmente por sí sola y sin el auxilio de la apelacion.

29 En la *ley* 3. *de dicho tit.* 5. se ratifica haberse ordenado estos tribunales antiguamente para que los pleytos y contiendas, que en ellos hubiesen, fuesen prestamente librados y determinados por justicia y derecho; y en esta generalidad confirma que deben ir á estos tribunales todos los pleytos y negocios de su territorio, salvo aquellos que expresamente estuviesen exceptuados; comprobando tambien el fin de su ereccion para la mas pronta expedicion de la justicia y conveniencia de los súbditos y naturales de estos reynos.

30 En el progreso de la misma *ley* 3, despues de aumentar el número de los Oidores que deben residir en cada una de las dos Chancillerías, y distribuirlos en quatro Salas, les manda que oigan, libren y determinen de todo en todo, así en primera instancia como en grado de apelacion ó suplicacion, todos los pleytos y causas que en la tal Sala se trataren.

31 Las *leyes* 10. 11. *y* 34. *del referido tit. y lib.* disponen lo conveniente acerca de que en las Chancillerías se vean los pleytos, que por regla general se mandan remitir á ellas, aun de los que estaban pendientes en el Consejo, reservando únicamente los que estuviesen sentenciados en vista; y esto se dispone tambien en las *leyes* 21. *y* 24. *tit.* 4. *lib.* 2. Muchos de los tales pleytos y negocios van á las Chancillerías en primera instancia,

otros

otros sin apelacion por simple querella ó recursos, ampliándose su conocimiento por la *ley* 36. á las fuerzas, que cometen los Jueces eclesiásticos en no otorgar las apelaciones.

32 Todas las enunciadas disposiciones que han reunido en las Chancillerías el conocimiento general de los pleytos y negocios de sus territorios con los dos fines ya indicados, y con el particularísimo de que los Ministros del Consejo esten mas libres para entender en otras muchas cosas cumplideras al servicio del Rey y á la buena gobernacion de sus reynos, como se expresa en la citada *ley* 11, manifiestan que se puede y debe recurrir á las Chancillerías, no solo por via de apelacion sino tambien por querella de nulidad, y por qualquiera otro medio que sea conveniente á que la justicia se administre con la brevedad posible.

33 Si para tratar de la nulidad principalmente puede tomar el actor á su arbitrio los dos caminos señalados, haciéndolo ante el Juez inferior ó en el tribunal del superior, conviene mucho reflexîonar qual de estos dos medios sea mas ventajoso y seguro á la misma parte interesada y á la causa pública.

34 Si propone la nulidad ante el Juez inferior que dió la sentencia, tocará al primer aspecto el desabrimiento que regularmente causa á los hombres el que les impugnen sus determinaciones, y mucho mas haciéndolo por causas que descubren su ignorancia, culpa ó iniquidad; pues hay muy pocos que quieran conocer y confesar sus yerros, y mucho ménos su malicia: porque si la nulidad se funda en que el poder no fué suficiente, en que no se hizo publicacion de probanzas, habiéndola pedido la parte, ó en que no se concluyó, ni citó para sentencia, ó en qualquiera otro defecto substancial que resulte de los mismos autos, arguye ignorancia ó culpa en el Juez por no haberse instruido bien de los hechos del proceso, como disponen las leyes citadas en el capítulo antecedente próxîmo, ó no haber conocido los de-

fectos legales que contenian ; y si la nulidad se funda en colusion del Juez, soborno, ú otra causa que irrogue nota, será mas duro que la confiese y manifieste en su sentencia, declarando ser nula por esta razon la que habia dado en la causa principal ; y no es justo ni conveniente ponerle en el estrecho de que falte nuevamente á la justicia desestimando la nulidad propuesta.

35 Este pensamiento y sus fines se confirman por la *ley 7. tit. 10. lib. 2*, por la qual se manda que el Ministro del Consejo, Oidor, ó Alcalde que fuere recusado, si la parte pidiere que jure sobre la recusacion, siendo las causas estimadas por bastantes, sea obligado á jurar, declarar y responder á las preguntas *no criminosas.*

36 En el no esperado caso de que el Juez inferior estimase y declarase la nulidad de su sentencia, puede apelar de ella la otra parte para el tribunal superior, como se dispone en la *ley 2. tit. 17. lib. 4*; y aunque se confirme en vista la sentencia dada por el inferior sobre la nulidad, tendrá lugar la súplica por la regla general que establece la *ley 5. del propio tit. y lib.*; pues solo restringe su disposicion á prohibirla, quando por el tribunal superior se confirman dos sentencias conformes dadas de grado en grado por Jueces inferiores.

37 Por este órden se demuestra que el juicio de nulidad intentada ante el Juez inferior no excusa á las partes las dilaciones y gastos, que se han de causar siguiéndose despues por apelacion en el tribunal superior en vista y revista.

38 Si desde sus principios, omitiendo el juicio de nulidad ante el inferior, se propusiese ante el superior, se lograrán conocidas ventajas en todo : porque aquellos Jueces no estan ligados con las notas que padece el inferior que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata; y con las dos sentencias en que la declaren, se causa executoria, como se dispone en la *ley 3. tit. 17. lib. 4. de la Recop.*

39 Por estas consideraciones, y otras que se omiten de intento por no ser necesarias, se convence la utilidad

y

y seguridad de proponer y seguir la nulidad como accion principal ante el Juez superior del que dió la sentencia.

40 Algunos de los autores referidos atribuyen al juicio de nulidad efectos suspensivos en todos los procedimientos del Juez que dió la sentencia, considerándolos por atentados, y preservan por los mismos principios el tiempo de la apelacion para interponerla, y continuarla acabada la nulidad.

41 El señor Covarrubias, en el citado *cap.* 24. *de sus Prácticas n.* 6. *vers. Tandem*, explica su opinion en los términos siguientes: *Quandoque principaliter agitur de nullitate ad rescissionem sententiæ, vel ejus actus, qui nullus esse censetur; tunc sane opinor magis receptum esse, nihil fore novandum pendente hoc judicio, donec finita sit nullitatis causa.* En esto manifiesta claramente que el Juez que dió la sentencia, de cuya nulidad se trata, queda ligado desde el punto que se introduce la nulidad para no continuar, ni dar un paso en la causa principal; y en el mismo lugar prosigue con la siguiente distincion: *Quod si novatio facta fuerit ante inhibitionem judicis superioris, qui de nullitate cognoscit, non erunt attentata revocanda ante omnia, revocabuntur tamen omnino, si fuerint post hanc inhibitionem attentata.*

42 Tres observaciones se ofrecen en la distincion propuesta: una que el efecto de suspension impeditivo de toda novedad en el Juez que conocia de la causa principal, lo atribuye el señor Covarrubias al juicio de nulidad pendiente ante el Juez superior: otra que con solo estar pendiente este juicio, sin haberse expedido la inhibicion, ni intimádose al Juez inferior, queda en la clase de atentado qualquiera novedad que haya hecho en el progreso de la causa, y únicamente la preserva de su reposicion executiva, dilatándola para el fin del juicio de nulidad; y la última observacion consiste en que despues de la inhibicion el Juez superior repone inmediatamente como atentado quanto hubiese obrado el inferior despues de ella.

43 Acevedo en la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. *n.* 8. dice: que ya se proponga y siga la nulidad ante el Juez mismo que conoció de la causa principal, y dió la sentencia, ó ya ante el superior, se impide y suspende el curso de los dias señalados para apelar, concurriendo dos calidades: una que la nulidad se intente dentro del mismo término de la apelacion; y otra que haya justa y probable causa para introducirla y seguirla, y que no se haga con temeridad y ánimo de dilatar la causa principal; pues unidas las dos circunstancias de haberse propuesto la nulidad dentro del término señalado para apelar, y hacerlo con causa probable, aun quando sucumba en este juicio, y se declare que la sentencia no contiene la nulidad que pretendia, puede no obstante interponerse despues la apelacion de la citada sentencia principal.

44 Scacia es del mismo dictámen en lo principal; y en las dos calidades de proponerse la nulidad dentro del término de la apelacion, y tener causa probable en que se funde. Así lo explica en diferentes partes, señaladamente en la *q.* 12. *de Appellationib. n.* 61. en los términos siguientes: *Numquid si fuerit dictum de nullitate infra decem dies, eaque nullitate pendente, labantur decem dies ad appellandum, possit adhuc appellari post lapsos decem dies; quia pendente judicio nullitatis non currit tempus ad appellandum*; y al *núm.* 169. añade: *Si aliquis, agendo principaliter de nullitate, dicat sententiam nullam, quia pendente causa nullitatis non currit tempus decem dierum ad appellandum, quamvis agens sucumbat, dummodo non egerit calumniose de nullitate, aut ex causa improbabili: secus si calumniose aut ex causa improbabili, quia tunc curreret tempus; nam temeritas sua non debet ei prodesse.* Lo mismo repite en la *q.* 15. *art.* 3. *n.* 91; y en la *q.* 19. *remed.* 1. *concl.* 4. *n.* 20; y del mismo modo explicó su dictámen en este artículo y en quanto á sus efectos Vantius *de Nullitat. tit.* 8. *p.* 2. *nn.* 12. 13. *y* 14.

45 Don Francisco Salgado *de Reg. p.* 4. *cap.* 3. tra-

tó

tó de intento y con mucha extension de los procedimientos de los Jueces executores mixtos ó meros; y distinguiendo con toda propiedad los agravios qualificados, que causan quando exceden de su potestad, de los que llama simples ó de injusticia dentro de los límites de su jurisdiccion, procede á señalar los medios de reparar ó enmendar sus excesos, y pone en primer lugar el de la querella ó recurso de exceso, que considera equivalente en todos sus efectos al de nulidad intentada como accion principal, repitiendo muchas veces esta proposicion como supuesto de su doctrina, especialmente á los *nn.* 130. 139. 229. *y siguientes.* Y á la verdad no podia ménos de conocer este autor que el exceso y la nulidad eran una misma cosa: porque el Juez, que excede de su potestad y jurisdiccion, obra como privado, y es uno de los defectos capitales para convencer de notoria la nulidad de sus procedimientos.

46 A este intento, y en demostracion de este principio, se explicó el Jurisconsulto Paulo en la *ley* 20. *ff. de Jurisdiction. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.* La misma sentencia se repite en la *ley* 1. *Cod. Si à non compet. judic.*

47 Supone tambien el mismo Salgado en repetidos lugares del citado *cap.* 3. que la sentencia ó providencia que da el Juez executor es apelable y susceptible de nulidad, pudiendo usarse de los dos medios separadamente al mismo tiempo; y con estos preliminares se propone la duda de si introducida la querella de exceso ó nulidad de lo obrado por el executor, y pendiente la causa ó juicio de este artículo, correrá el tiempo señalado para apelar de la injusticia ó simple gravámen que contenga dicha sentencia, ó si quedará desde aquel tiempo suspenso, y podrá usar de este remedio, quando pierda en el de la nulidad ó exceso.

48 A esta duda responde Salgado con resolucion positiva que no corre el tiempo de la apelacion, y que se sus-

suspende: *ibi*: *Interim terminum ad appellandum à simplici gravamine non currere, sed potius suspendi.* Omite este autor exponer en comprobacion de su dictámen muchas cosas que se le ofrecian, y se satisface y asegura en él con el sólido fundamento que refiere en el siguiente *n.* 131. ibi: *Moveor eo validissimo fundamento, etenim generaliter verum est, quod agenti de nullitate sententiæ non currit tempus decem dierum ad appellandum ab ejus injustitia, quamvis agens sucumbat, dummodo calumniose nullitas non intentetur, aut ex causa evidenter improbabili.* En este mismo lugar refiere Salgado los autores que estiman por comun esta opinion, como si dixera que sigue este camino porque lo anduviéron otros.

49 Resumiendo lo que con tanta generalidad, obscuridad y confusion han expuesto los autores citados, haciendo por el número de sus opiniones que llegase á ser comun, no he podido conformarme con ella, ni convencer mi entendimiento de que su observancia traiga alguna utilidad á la causa pública ni á las partes; ántes bien hallo gravísimos perjuicios que desearia se enmendasen por aquellos medios mas sencillos, expeditos y de ménos gastos.

50 Esta proposicion en que consiste mi dictámen contiene dos partes: en la primera indicaré los perjuicios que concibo en que siga la opinion de que propuesta la nulidad ó querella de exceso se suspenda, y no corra el término de la apelacion; y en la segunda manifestaré los medios de enmendarlos con grandes ventajas de la causa pública, y de las mismas partes que litigan.

51 Yo supongo que la opinion, que llaman comun los referidos autores, no se funda en ley alguna del reyno; pues ninguna hay, ni ellos la enuncian, en que se disponga ó declare que el juicio de nulidad impida el curso de la apelacion, y haga dormir la jurisdiccion en la causa principal; y esta omision, aunque solo forma un argumento negativo, es de alguna autoridad á vista de que las mismas leyes del reyno proveen lo conveniente en órden

al

al tiempo en que debe proponerse la nulidad al Juez que puede conocer de ella: en quanto á que de la sentencia que se diere no pueda interponerse otra nulidad, aunque pueda admitirse apelacion; y por último disponen que estos juicios procedan y se substancien por un órden comun, haciendo otras declaraciones correspondientes á las sentencias del Consejo; y es de inferir, quando estan tan diligentes en prevenir lo que debe observarse en estos juicios de nulidad, que hubieran tambien declarado si desde que se interpone impedia el término de la apelacion, y lo suspendia hasta que se acabase el referido juicio, habilitando desde entónces, si perdia aquella instancia, al que la habia introducido para que pudiera usar de la apelacion, y enmendar por este medio la injusticia ó agravio que le producia la sentencia dada en la causa principal.

52 Es cierto que la opinion de muchos debe mirarse con respeto; pero no tanto que impida buscar contra ella la verdad, como lo advirtió y observó San Agustin *lib.* 3. *de Baptism. cap.* 3. *Nec non deterret cujuscumque Doctoris etiam sublimis auctoritas, ut contra illam veritatem non indagemus.*

53 La apelacion es un beneficio que segun naturaleza y por humanidad conceden los Reyes á los que se consideran ofendidos ó agraviados por iniquidad ó ignorancia de los Jueces; y al mismo tiempo gozan de este auxîlio para suplir y enmendar lo que las mismas partes omitiéron en las instancias precedentes, pudiendo alegar y probar lo que no alegáron y probáron en ellas. Esto es lo que substancialmente disponen las leyes acerca de las apelaciones y sus fines, señaladamente la 1. *tit.* 23. *Part.* 3: la 1. *tit.* 18. *lib.* 4: la 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*: la 4. *tit.* 10. *Part.* 7, con las *leyes* 1. *ff. de Appel.* y la 6. §. 1. *Cod. eod.*

54 Este beneficio de la apelacion no se da al que no le quiere, ni tampoco basta quererle para gozarle; sino que es preciso que explique su voluntad en el tiempo y for-

forma que señalan las mismas leyes. Esta explicacion ó declaracion de la voluntad se hace con palabras ó con hechos, y ni uno ni otro se halla en el caso de que se trata. No hay en este caso palabras, porque no se apeló, siendo este el supuesto de la qüestion; pues estariamos fuera de ella si se hubiera apelado al mismo tiempo, en que se propuso la nulidad, ni podria haber duda en que se radicaria entónces este auxîlio, y podria la parte usar de él, y continuarle en tiempo oportuno. El caso está reducido á una querella de nulidad y exceso independiente y solo; y de este hecho tampoco puede inferirse que la parte quiera usar despues de la apelacion: porque ni es consiguiente de ella la nulidad, ni es antecedente necesario por donde se haya de venir á la apelacion, que son los dos medios de donde se deduce la voluntad quando no se explica.

55 Confirmase este pensamiento, y se aleja mas de que se entienda ó presuma que el que usa solamente de la nulidad quiera reservar la apelacion, por otro principio sólido reducido á que estando en su mano explicar con tanta facilidad la voluntad de apelar de aquella sentencia, y pudiendo hacerlo al mismo tiempo con una sola palabra diciendo que era nula, y que aun quando fuese alguna apelaba, le coge de lleno el axîoma, *si voluisset, expresisset*; y el otro que dicta que los pactos y condiciones que uno pudo poner con claridad, y dexó en obscuridad y duda, se deben interpretar y entender contra el mismo que como autor pudo darles la ley.

56 La causa y los fines de la nulidad son diversos de los que producen y justifican la apelacion; pues aquella consiste en la inversion del órden público, que prescriben las leyes por forma substancial de los juicios para habilitar y mantener la natural defensa de las partes; y quando el Juez falta á estos preceptos de la ley, obra con exceso y nulidad, y el objeto del que se querella de tales procedimientos es que se repongan, y se estimen como si no se hubieran hecho.

La

57 La apelacion, aunque se guarde el órden público de los juicios, se justifica con no haberse distribuido el derecho privado á quien le correspondia, y su fin es enmendar este agravio sin tocar en la nulidad del proceso, ántes bien suponiendo su legitimidad.

58 ¿Qué influxo pues podrán tener entre sí estos dos recursos de nulidad y de apelacion si en todas sus partes son diversos? Los que hallasen alguna razon mas poderosa para inclinarse á la opinion que llaman comun, y convencerse de que la nulidad propuesta como principal detiene por sí sola, y suspende los dias señalados para apelar de la injusticia y simple gravámen de la sentencia, tocarán necesariamente los daños que produciria esta práctica á la causa pública y al derecho de las partes, y que es contraria á la letra y al espíritu de las leyes del reyno.

59 Acabado el juicio de nulidad por todas aquellas instancias que permiten las leyes, y quedan expresadas, y declarándose que la sentencia dada en la causa principal no contiene la nulidad que se propone, que es el supuesto para usar despues de la apelacion en el término, que segun la citada opinion comun quedó suspenso, procede este beneficio y auxîlio en el concepto y con la precisa condicion de haberse introducido el juicio de nulidad principal y separadamente con causa y razon probable, y no por temeridad, fraude ó malicia.

60 Por conseqüencia debe probar y acreditar el que en este caso quiera usar de la apelacion la calidad y condicion que le sirve de fundamento; esto es, que se movió á introducir el juicio de nulidad con justa y razonable causa; y como el conocimiento se ha de tomar del proceso principal, y es verosímil que el que obtuvo la sentencia en la causa y en el juicio de nulidad, contradiga el intento del que quiere apelar, negando que hubiese tenido causa justa y razonable, y alegando á mayor abundamiento que usó de aquel efugio con fraude y malicia para dilatar la causa principal y la execucion de la sen-

tencia dada en ella, seria necesario seguir este nuevo juicio por todos los trámites ordinarios hasta calificar con una executoria que la nulidad se habia intentado con probabilidad de razon y de justicia, aunque el suceso de haber perdido aquella instancia acreditase el mas sólido fundamento á favor de la otra parte; resultando de aquí que de la causa principal, en que fué dada la sentencia, nacian dos nuevas instancias que se habian de concluir ántes de usar de la apelacion; y esto á la verdad se opone á la diligencia con que se interesan todas las leyes por la brevedad de los pleytos, restringiendo los términos en todo el progreso de ellos empezando desde la contestacion hasta la misma sentencia difinitiva, y precaviendo por todos los medios posibles las dilaciones que promueven las partes.

61 A mas de las muchas leyes que se han referido en estas *Instituciones* en confirmacion de lo que se interesa la causa pública en que se atajen y disminuyan los pleytos, ó se acaben con la mayor brevedad, conduce mas particularmente al intento y caso de que se trata la *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2, que teniendo consideracion á los grandes daños que resultan de hacerse en general la condenacion de frutos, señala por el mas principal de ellos que remitiéndose la liquidacion á contadores se siguen muchos gastos á las partes, "porque de nuevo se torna el »pleyto sobre la liquidacion en que se tornan á dar otras »sentencias de vista y revista;" y para evitar estos perjuicios manda: "Que los Oidores en las sentencias que die»ren, en que haya de haber condenacion de frutos, los ta»sen y moderen por lo que de las probanzas resultare, sin »remitirlo á contadores, y que esto se publique para que »los Letrados y las partes hagan sobre ello las probanzas »que les convengan."

62 No excluye esta ley á los contadores en el caso de que hubiesen de liquidar los frutos, sino que pone remedio para que no haya tal necesidad, porque de la liquidacion de los contadores, ó de la estimacion que hi-

hiciesen qualesquiera otros peritos ó testigos, resulta por lo comun un nuevo pleyto en que hacen grandes gastos las partes, y producen otros daños á la causa pública, indicando como medio mas oportuno para precaverlos el que los letrados y las partes en las instancias, en que pidan condenacion de frutos, articulen y prueben al mismo tiempo en la causa principal el valor y estimacion de ellos; pues con este antecedente podrán cumplir los Oidores con el precepto que les impone la ley de tasar y moderar determinadamente en la misma sentencia de la causa principal la cantidad y estimacion de frutos de la condenacion.

63 Lo mismo persuaden y convencen las *leyes* 2. *y* 4. *tit.* 17. *lib.* 4; pues la primera dispone que introducida la nulidad en los sesenta dias que señala, si fuere dada sentencia sobre ella, no se pueda alegar nulidad contra esta sentencia, y solo se permite el que se apele y suplique de ella, prohibiendo que contra las sentencias que se dieren en estas instancias se ponga ó alegue excepcion de nulidad; "y esto porque los pleytos ayan fin."

64 En la citada *ley* 4. se manda que en los negocios que estuviesen pendientes en el Consejo y Audiencias por grado de suplicacion ordinaria ó por la segunda suplicacion de la ley de Segovia, si se alegare nulidad de las sentencias en qualquiera manera que aquella sea, se reserve el determinar sobre la dicha nulidad hasta hacerlo juntamente con el negocio principal, "y no se cause, »ni haga, ni forme juicio aparte para la sentenciar, y »determinar sobre sí y apartadamente."

65 Aunque esta disposicion trata de las sentencias que se dan en el Consejo y Audiencias, se funda en una razon general que conviene admitir y seguir, guardando la proporcion posible, en los demas tribunales del reyno, para que no se multipliquen los pleytos formándose apartadamente sobre los puntos, que sin ofensa de las partes y de su justicia se pueden unir y determinar en un juicio y sentencia.

66 Antes de ampliar este pensamiento con nuevas consideraciones, conviene hacer memoria de la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. que á primera vista parece opuesta á la enunciada *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4; pues aquella dice que de las sentencias y determinaciones que dieren los del Consejo, "no aya lugar á apelacion, ni agravio, ni alzada, nulidad, »ni otro remedio, ni recurso alguno, salvo suplicacion »para ante Nos, para que se revea en el dicho nuestro »Consejo." Esta letra que está excluyendo la nulidad se entiende que lo hace de aquella nulidad apartada que se intentase en juicio separado, suspendiendo la suplicacion para la revista y sentencia de la causa principal; pero bien se puede proponer y hacer mérito de la nulidad, que contenga la sentencia de vista, al mismo tiempo que se propongan y aleguen los agravios de su injusticia para que se consideren y motiven en la misma sentencia; y lo mismo la de revista quando se trata de la causa principal en el grado de segunda suplicacion.

67 Si la nulidad se propone al mismo tiempo que la apelacion en la forma y método que se ha explicado para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al Juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras de sí el conocimiento de la nulidad al mismo tribunal superior; y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos, de que hablan largamente los autores que se han citado en este capítulo, los que refiere Salgado comprobando la misma opinion en la *part.* 4. *cap.* 3. *de Reg.* *n.* 237. *al* 242.

68 El segundo efecto mas ventajoso, que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciese el Juez despues de haberse introducido, aun sin esperar la inhibicion, se graduan de atentados, y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograria por el primer medio de usar de la nulidad separada-

damente, como lo exponen los mismos autores citados.

69 El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion en el caso de no deferir á ella el Juez, y proceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del Juez eclesiástico, y á esto no alcanza la nulidad por sí sola.

70 El quarto y mas principal favor de la union de estos dos recursos estriba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente y por los propios trámites del mérito y justificacion de uno y otro, y comprehendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleyto en todo, y se excusan seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, quando se ha empezado ante el Juez ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si ha lugar á la apelacion por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuviéron las leyes en tan alta consideracion para buscar medios de evitar pleytos, y reducirlos al menor número posible, queda demostrado quanto interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

71 Podrá decirse en oposicion de lo referido que usando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el Juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion, que le concede la *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 3, de proponer la nulidad ante aquel mismo Juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

72 Yo entiendo por lo que va expuesto que nada pierde la parte en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el Juez inferior, y que gana mucho en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes posteriores que se han citado; y quando necesitase de alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la *ley* 4. *tit.* 17. *lib.* 4. acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias, que se dieren en el Consejo ó Audiencias, se entenden-

tendiese y extendiese á las de los demas Jueces, reservándose tratar y determinar sobre la nulidad juntamente con el negocio principal, sin permitir que se cause, haga, ni forme juicio aparte para sentenciarla y determinarla sobre sí y apartadamente.

73 Y prescindiendo de si la ley de *Partida* se puede considerar derogada por la posterior de la *Recopilacion*, aun quando se entendiese subsistente, tendria yo por irracional, fraudulento y malicioso el recurso de nulidad apartada por el solo hecho de introducirlo y proponerlo ante el Juez que dió la sentencia; y estimaria sin otro conocimiento ni exámen del proceso que no debia aprovecharle el término de la apelacion, que segun la opinion de los autores citados queda suspenso.

74 De la nulidad que viene por incidencia de la apelacion, y de la que se propone como excepcion, se tratará mas oportunamente en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II.

De las apelaciones y sus efectos.

1 Hay otra manera de reparar la parte que se sintiere agraviada el daño, que hubiere recibido en la sentencia, qual es apelar de ella al superior del Juez que la pronunció para que la reponga y mejore.

2 Quan necesaria sea la apelacion, y quan grande y general el bien que trae al mundo, á mas de que lo dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmiendan los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia ó malicia, ya sea juicio acabado, ó qualquier otro sobre cosa que acaezca en pleyto: sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos, que puedan haber tenido las mismas partes que litigan en alegar y probar los hechos de su justicia: igualmente aprovecha para preservar-

varse de las injusticias y agravios que harian los Jueces, si entendiesen que por otro no se podian descubrir, ni corregir; y últimamente llena de satisfaccion á los interesados, viendo que por el juicio de muchos Jueces se declara su justicia.

3 Las leyes nos presentan una idea clara y exâcta de la apelacion: la 1. *ff. de Appellat.* empieza así: *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat*: la 1. *tit.* 23. *Part.* 3. "E tiene pro el »Alzada, quando es fecha derechamente, porque por ella »se desatan los agraviamientos que los Jueces facen á las »partes torticeramente, ó por non lo entender;" y la 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop. ibi*: "Porque á las veces los »Alcaldes y Jueces agravian á las partes en los juicios »que dan, mandamos que quando el Alcalde, ó Juez die»re sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro so»bre cosa que acaezca en pleyto, aquel que se tuviere »por agraviado, pueda apelar:" San Bernardo *lib.* 3. *de Consideration. ad Eugen. cap.* 2. *Fateor grande, et generale mundo bonum esse appellationes; idque tam necessarium, quam solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol justitiæ prodens, ac redarguens opera tenebrarum.*

4 De la omision de las partes que litigan, y del medio de suplirla alegando y probando ante el superior lo que no hiciéron en el juicio anterior, disponen lo conveniente la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.* ibi: *Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum; apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur.* Lo mismo se dispone en la *ley* 4. *Cod. de Tempor. et reparationib. appellat.*; y con mayor claridad se explican en este punto todas las *leyes del tit.* 9. *lib.* 4. *de la Recop.*, limitándose en la 4. que la prueba de testigos no se proponga, ni admita sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fuéron traidos ó recibidos testigos, para evitar que los sobornen y corrompan,

pan, y se hagan probanzas falsas; pero dexa expedita la facultad de presentar escrituras sobre los mismos artículos, ó los que son contrarios derechamente: porque en los instrumentos no halló la ley el riesgo de la corrupcion y soborno.

5 Todas las leyes que tratan de las apelaciones, las justifican con el agravio que precede, y las recomiendan con el concepto de pura y natural defensa que se dirige á enmendarlo. De esta proposicion, que sirve de regla general, nace otra no ménos positiva y segura, reducida á que de juicio ó sentencia que no es dada no se puede apelar, porque de gravámen que no ha sucedido no hay querella ni apelacion. Esto es lo que literalmente dice la *ley* 1. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "Alzada es querella que alguna de las partes face, de juicio que fuese dado contra ella:" la 2.: "Alzarse puede todo ome libre, de juicio que fuese dado contra él, si se tuviere por agraviado:" la 3.: "Si dieren la sentencia contra él." Confirman lo mismo las *leyes* 4. 13. 14. 18. *y* 27. *del propio tit. y Part.*, conviniendo todas en que ha de ser dado juicio, y sentirse la parte agraviada para que tenga lugar, y pueda recibirse la apelacion. Lo mismo dispone el *cap.* 63. *ext. de Appellat.*

6 De este punto tratáron con prolixo y detenido exámen Scacia *de Appellat. q.* 5. *art.* 2. y Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 2, quienes caminan por la misma regla de no hallar términos para proponer, ni admitir apelacion de gravámen futuro, porque falta el fundamento que la motiva y anima; y no hay interes, y de consiguiente no hay accion para querellarse, ampliando esta disposicion á los dos casos siguientes: uno que aun precedida sentencia del Juez, y agraviada por ella la parte, aunque haya usado de la apelacion, y le fuese recibida, si el mismo Juez reformase su sentencia, como puede hacerlo siendo interlocutoria, caduca y se desvanece la apelacion, porque cesó en aquel momento la causa, y cayó en el caso del que no podia tomar principio, como se dispone por regla

gla general en el *cap.* 60. *ext. de Appellat.*

7 El segundo caso, á que se extienden las enunciadas disposiciones, se verifica quando interpuesta la apelacion del gravámen futuro, sucede éste por la providencia posterior del Juez: porque siendo la apelacion anterior de ningun valor ni efecto, no puede extenderse al gravámen que sobrevino, ni se pueden unir los dos tiempos por no concurrir aptitud en el primero. Estas son las razones que con otras equivalentes exponen con otros muchos los autores citados en comprobacion de este dictámen, que viene á ser general.

8 Yo añadiria en mayor demostracion que la apelacion que se interpone, quando no hay sentencia ni agravio, si tuviere efecto suspensivo adormeciendo la jurisdiccion del Juez que conoce de la causa, no podia proceder en ella, ni causar agravio; y si se atribuye á la apelacion anterior, solo el efecto devolutivo llevaria al superior la causa y gravámen de que se habia apelado por el principio: *Tantum devolutum, quantum appellatum*; viniendo á ser en los dos extremos perplexa la apelacion, é imposible acomodarse al caso que se propone.

9 Podria tambien suceder que el gravámen futuro de que se apela no se verificase, porque el Juez proveyese á favor de la parte que apeló, y entónces quedaria ilusoria la apelacion, y quanto en su virtud se hubiese executado; y no permiten las leyes que los actos judiciales se expongan á ser burlados y sin efecto, y que se conviertan en vergüenza de los Jueces y en daño de la causa pública, como observó oportunamente con sólidos fundamentos Molin. *de Primogen. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10., demostrando que no debe empezarse juicio sobre derecho futuro, que por alguna causa pueda variarse, dexándole ilusorio: *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "E así el trabajo »que oviesen pasado, en oyéndolas, tornárseles y á en es»carnio, é en vergüenza: *leg. Litigatores* 11. *§. últim. ff. de Recept. arbit.* ibi: *Arbitrum non prius cogendum sen-*

tentiam dicere, quam conditio extiterit, ne sit inefficax, deficiente conditione.

10 Procede esta doctrina aun quando pendiente el juicio sobre el derecho futuro se hiciese actual y presente el mismo derecho que se litigaba, pues no podria sin embargo continuarse la instancia contradiciéndolo la otra parte; y seria necesario empezarla de nuevo, como lo funda igualmente por los mismos principios Molin. en el lugar citado *n.* 20., viniendo por este medio á confirmarse las dos enunciadas proposiciones: primera que no puede haber apelacion ni otro acto judicial de gravámen futuro: segunda que sobreviniendo y haciéndose presente no prevalece, ni puede continuarse la intempestiva anterior apelacion. Resta pues exâminar si el apelante debe expresar el agravio y probarlo para que le sea recibida la apelacion ó si bastará, que se sienta y tenga por agraviado.

11 Esta segunda parte parece la mas probable si se ha de estar á lo que explican las palabras de las leyes en su propia y natural inteligencia, de la qual no es lícito separarse á no manifestarse claramente por otro medio la voluntad del legislador, como se ordena en la *ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7. y en la 69. *ff. de Legat.* 3.

12 La *ley* 2. *tit.* 23. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: "Alzarse puede todo ome libre, de juicio que fuese dado contra él, si se tuviere por agraviado:" la 13. *ibi*: "Agrávianse los omes á las vegadas »de los juicios que son dados contra ellos, porque se han »despues de alzar::::: É decimos, que de todo juicio »afinado se puede alzar qualquier que se tuviere por »agraviado dél:" *ley* 14. "Teniéndose por agraviada al»guna de las partes, del juicio que diesen contra ella, »non tan solamente se puede alzar de todo, mas aun de »alguna partida dél, si se quisiere:" *ley* 18. »Agravián»dose alguno del juicio que le diese su Judgador, pué»dese alzar dél, á otro que sea Mayoral:" *ley* 22. "Si se »sintieren por agraviados::: Sintiéndome por agraviado »de la sentencia."

Lo

13 Lo mismo se dispone en la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. "Porque á las veces los Alcaldes, y Jueces agravian á las »partes en los juicios, que dan, mandamos que quando »el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio »acabado, si quier otro sobre cosa, que acaezca en pley»to, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar »hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la senten»cia, ó rescibió el agravio, y viniere á su noticia."

14 La *ley* 3. *del prop. tit. y lib.* distribuye y señala los casos en que se puede apelar de las sentencias interlocutorias, y con respecto á ellas concluye así: "En qualquier »destos casos, otorgamos á la parte, que se sintiere agra»viada, que se pueda alzar; y el Juzgador que sea tenu»do de otorgar la alzada."

15 Sucede muchas veces que la sentencia difinitiva es justísima considerado el estado de la causa, porque la dió el Juez arreglada á los hechos probados en el proceso; y que al mismo tiempo es gravosa á la parte, que por su omision ó por otras causas no probó la verdad en aquella instancia, y espera hacerlo en otra, siendo habilitada con el auxilio de la apelacion, que es uno de sus efectos señalados en las leyes, especialmente en la 4. *tit.* 9. *lib.* 9. *de la Recop.* y en la 27. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "E si por aven»tura, alguna de las partes dixere, que falló agora de »nuevo cartas, ó testigos, que le ayudan mucho en su »pleyto, que non pudo mostrar antel otro Judgador, »devegelo recebir."

16 Esta disposicion está indicada en la *ley* 6. §. 1. *Cod. de Appellat.* y en la 4. *Cod. de Tempor. et repar. appellat.*, y de este caso hace mérito Scacia *de Appellat. q.* 3. *art.* 1. *n.* 1. *vers. Fuit etiam introducta*, y en la *q.* 5. *art.* 1. *n.* 3, probando las dos enunciadas proposiciones: una que el gravámen, aunque no proceda del Juez y sí del abandono de la parte, justifica la apelacion; y otra que no es necesario motivar, ni expresar, y ménos probar el agravio específico para que tenga lugar, y sea recibida la apelacion.

17 Si de la causa y sentencia difinitiva constase por notoriedad que ni el Juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberá despreciar la que interponga como frívola y calumniosa; pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleytos, y causando otros perjuicios á las partes que litigan.

18 Como no es fácil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones sean frívolas y maliciosas, conviene recurrir á los que en esta clase refieren los autores en sus difusos tratados, señaladamente Salg. *de Reg.*, Lanceloto de *Attentat.*, y Scacia *de Appellat.*

19 Las reglas establecidas acerca de las apelaciones que se interponen de las sentencias difinitivas, de las que se trata principalmente en este capítulo, no tienen lugar en los autos interlocutorios, ántes bien se dispone en ellos otra regla contraria reducida á que no reciben apelacion, como se prueba por la *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "Establecemos que de las sentencias interlocutorias »no aya alzada, y que los Juzgadores no la otorguen, »ni la den:" *ley* 1. *tit.* 19. *del prop. libro.* "Ordenamos, y »mandamos que, si de las sentencias interlocutorias, y »otros autos, que segun derecho, y Leyes, y Ordenanzas »del Consejo, y Audiencias se puede suplicar, fuere su»plicado, que la parte, que quisiere suplicar sea tenida »de suplicar, y exprimir los agravios por escrito dentro »de tercero dia."

20 Debe observarse en esta ley que su disposicion es limitada á permitir la suplicacion de aquellos autos interlocutorios, de que segun derecho, leyes y ordenanzas del Consejo y Audiencias se puede suplicar, dexando firme el supuesto de la regla que en lo general la prohibe.

21 La *ley* 37. *tit.* 5. *lib.* 2. refiere que se traian á las

las Audiencias por via de fuerza muchos procesos eclesiásticos, porque no otorgaban las apelaciones de autos interlocutorios; y considerando el grande agravio que de esto recibian las partes, y que se impedia la vista de otros muchos negocios, manda que en adelante no se libren cartas para traer por via de fuerza procesos algunos eclesiásticos de autos interlocutorios.

22 La *ley* 13. *tit.* 23. *Part.* 3. establece: "Que de to-»do juicio afinado se puede alzar qualquier que se tu-»viere por agraviado dél. Mas de otro mandamiento, ó »juicio que ficiese el Judgador, andando por el pleyto, »ante que diese sentencia difinitiva sobre el principal, »non se puede, nin deve ninguno alzar." Continúa esta ley refiriendo algunas limitaciones de la regla, y acabadas ratifica lo mismo diciendo: "Mas de otro manda-»miento, ó juicio, que el Judgador ficiese, tuviéron por »bien los Sabios antiguos que estableciéron los derechos »de las Leyes, que ninguno non se pudiese alzar, maguer »que se tuviese por agraviado dél. É esto pusiéron por »dos razones. La una, porque los pleytos principales no »se alongasen, nin se embargasen por achaque de las al-»zadas, que fuesen tomadas en razon de tales agravia-»mientos. La otra, porque en el tiempo que se ha de »dar el juicio afinado, la parte que se tuviere por agra-»viada del Judgador, se puede alzar, é fincale en salvo, »para poder demandar, é mostrar antel Juez del alzada, »todos los agraviamientos que recibió en el pleyto del »primer Juez."

23 El santo Concilio de Trento confirma esta regla en el *cap.* 1. *ses.* 13, y en el 20. *ses.* 24. *de Reformat.*, moderando aquella libertad absoluta, que permitian los cánones, de apelar indistintamente de las sentencias de los Jueces eclesiásticos, ya fuesen difinitivas ó interlocutorias, por ligero gravámen que contuviesen, como se dispone en el *cap.* 12. *ext. de Appellation.*, y en el *cap.* 1. *del prop. tit. in Sexto.*

24 Esta regla, que prohibe las apelaciones en las sen-

sentencias interlocutorias, recibe muchas limitaciones. Algunas de ellas se explican literalmente en las leyes, y otras se deducen de los exemplos y casos que refieren, y de la razon general en que convienen. La *ley* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* establece la regla ya indicada de que no haya alzada de las sentencias interlocutorias, y que los Juzgadores no la otorguen, ni la den; y continúa con las limitaciones siguientes: "Salvo si las sentencias interlocu-»torias fueren dadas sobre defension peremptoria, ó sobre »algun artículo, que haga perjuicio en el pleyto princi-»pal, ó si fuere razonado contra él por la parte que no »es su Juez, y prueba la razon, porque no es su Juez, »fasta nueve dias:::::: y el Juez se pronunciare por »Juez, ó dixere que ha por sospechoso al Juez, y en los »pleytos civiles no quisiere el Juez tomar un hombre »por acompañado para librar el pleyto, ó si en los pley-»tos criminales no guardare lo que se contiene en la ley »primera de las recusaciones en este lib. quarto, ó si la par-»te pidiere traslado del proceso publicado, y el Juez no se »lo quisiere dar; en qualquier destos casos, otorgamos »á la parte, que se sintiere agraviada, que se pueda »alzar, y el Juzgador que sea tenudo de otorgar la »alzada."

25 La *ley* 13. *tit.* 23. *Part.* 3. pone por igual limitacion, "quando el Judgador mandase, por juicio, dar tor-»mento á alguno á tuerto, por razon de saber la verdad de »algun yerro, ó de algun pleyto que era movido antél;" y continúa con la razon general que hace apelable toda sentencia interlocutoria: *ibi*: "Ó si mandase facer alguna »otra cosa, torticeramente, que fuese de tal natura, que »seyendo acabado, non se podria despues ligeramente »emendar, á ménos de gran daño, ó de gran vergüenza »de aquel que se tuviese por agraviado della."

26 El santo Concilio de Trento en los dos citados *capítulos* 1. *ses.* 13. y 20. *ses.* 24. *de Reformat.* reduce su disposicion á permitir la apelacion, no solo de la sentencia difinitiva sino tambien de las interlocutorias que tengan fuer-

fuerza de difinitiva, ó que su gravámen no se puede enmendar por ella. En fuerza de estas disposiciones se han extendido los autores á referir todos aquellos casos, en que hallan la razon comun de admitir la apelacion de sentencias interlocutorias, como pueden verse en Salg. *de Reg. part.* 2. *cap.* 1. y en Scacia *de Appel. q.* 17. *limit.* 47. *n.* 90.

27 Quando concurren las circunstancias que hacen apelables las sentencias interlocutorias, quedan éstas comprehendidas en la clase y efectos correspondientes á las difinitivas, señaladamente en quanto á la suspension y devolucion de la causa, que son los principales de que tratan las leyes y los autores.

28 De los efectos suspensivos que causa la apelacion legítimamente interpuesta en la jurisdiccion del Juez que dió la sentencia, considerando sus procedimientos por atentados, no solo quando los hace despues de la apelacion, si no en el tiempo en que pudo interponerse, tratan y disponen con uniformidad todos los derechos.

29 La *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. expresamente manda: "Que miéntra que el pleyto anduviere antel Judgador »del alzada, que el otro Juez de quien se alzáron, non »faga ninguna cosa de nuevo en el pleyto, nin de aque»llo sobre que fué dado el juicio." La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* da la forma, y señala los Jueces del ayuntamiento que deben conocer de las segundas instancias, quando la causa fuese de diez mil maravedís, y dispone que pase ante el escribano, ante quien pasó en la primera instancia, el qual lleve luego el proceso original á los Jueces que fueren nombrados; y en este hecho de pasar luego el proceso original á los Jueces de la segunda instancia impide al de la primera todo procedimiento en execucion de su sentencia.

30 Al fin de la misma ley manda á los Jueces de segunda instancia que despues de dada su sentencia, y pronunciada en el regimiento, la executen luego sin dilacion alguna; y esta reserva privativa de la execucion de la sentencia á los Jueces de la segunda instancia, entre quie-

quienes se halla necesariamente el de la primera con los dos del regimiento, inhibe al dicho Juez de la primera instancia de la execucion de su sentencia despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer.

31 La *ley* 1. *tit.* 20. *del prop. lib.* trata de la segunda suplicacion, que en el efecto conviene con la apelacion, y dice: "Que en el caso, que la segunda sentencia »fuere dada, y fuere suplicado para ante Nos, que no sea »hecha execucion de la dicha segunda sentencia, fasta »que sea dada la tercera sentencia confirmatoria por aquel, »ó aquellos, á quien Nos lo encomendáremos."

32 Como al fin de esta ley se suspende la execucion de la segunda sentencia, que es la de revista, y la reserva para quando se dé la tercera en el grado de segunda suplicacion con la expresion ó limitacion de que sea confirmatoria, parecia que dexaba indeciso el caso, y sin poder llevarse á efecto la sentencia de revista, siendo revocada por la que se diese en la segunda suplicacion; y para quitar esta duda, y suplir la omision y falta de palabras de la ley, se dispuso en la siguiente, que es la 2. *del prop. tit. y lib.*, que lo que se sentenciase en dicho grado, se execute, "quier sea la sentencia confirmatoria, ó revocatoria;" y con sola esta novedad no la hizo en quanto á que la sentencia de revista quedase entretanto sin execucion.

33 La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* alteró en parte las disposiciones antecedentes, mandando que si las sentencias de vista y revista fuesen conformes de toda conformidad se executen, ó en aquella parte en que fuesen conformes, sin embargo de la segunda suplicacion, dando la parte, á cuyo favor estuvieren las sentencias, las fianzas para los fines que explica la misma ley.

34 Esta particular disposicion confirma lo primero que ántes de ella procedia la regla general de quedar suspendidas las sentencias por la segunda suplicacion: asegura tambien que en donde no hubiese particular disposicion que mande executar las sentencias, quedan sus-

pen-

pendidas por la apelacion ó suplicacion; y últimamente se limitó al fin de aquella ley la novedad de que se executasen las dos sentencias conformes á los negocios pendientes, que no estuviesen sentenciados en revista.

35 El *cap.* 10. *ext. de Appellat.* dice así: *Quod si de aliqua exceptione quæstio oriatur, et exinde appellationem fieri contingat, eidem exceptioni erit merito supersedendum: et principalis causa sine illa terminari non poterit, ei nihilominus supersedeatur*: el 7. *de Appellat. in sext.* hace mas clara demostracion de la regla insinuada en los dos extremos de haberse apelado, ó poder apelar: *ibi*: *Non solum innovata post appellationem à definitiva sententia interiectam, debent semper:::: ante omnia per appellationis Judicem penitus revocari; sed etiam ea omnia, quæ medio tempore inter sententiam, et appellationem:::: contingit innovari, ac si post appellationem eandem innovata fuissent.*

36 Por la segunda parte de este capítulo se confirma la regla en las apelaciones de las sentencias interlocutorias con la sola diferencia de que lo innovado despues de la apelacion, ó en el tiempo en que se pudo interponer, se puede y debe revocar por el Juez superior ántes de tratar de la causa principal, si la parte lo pidiere ántes de mezclarse, y contestar sobre el asunto principal de la causa; pero lo que se innovase despues de la sentencia interlocutoria, pendiente la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, no se revocará hasta tanto que conste al Juez superior por el proceso que se apeló con justa y legítima causa: porque sin este previo conocimiento no procede la apelacion de los autos interlocutorios, y sin ella no hay atentados, porque no se suspende la jurisdiccion del Juez inferior.

37 El *cap.* 10. *del propio tit. in sext.* da la misma razon en lo que dispone: *ibi*: *Cum per appellationem sit suspensa ipsius jurisdictio*: la *ley única ff. Nihil innovari appellatione interposita*, y la *ley* 3. *Cod. de Appellat.* proceden con la misma regla.

38 Sus excepciones, que son muchas y por diversas

causas, producen dos efectos: uno confirmar la regla insinuada, y otro ponerla en grande obscuridad, sin que los Jueces puedan decidirse sin mucho estudio y meditacion á tomar el partido de admitir las apelaciones en ambos efectos ó en el devolutivo solamente: porque si quieren consultar á prevencion para los casos que puedan ocurrir, ó para los mas freqüentes, los difusos tratados de Salgado *de Reg. protect.*, de Scac. *de Appellat.*, de Lancel. *de Attentat.* y de otros muchos, que tratáron la materia aunque no tan largamente, este estudio pide mucho tiempo y constancia, y las mas veces quedarán con duda en la aplicacion de sus doctrinas.

39 Por estas causas me ha parecido conveniente hacer un resumen de aquellas sentencias que señalan las leyes y los cánones con calidad de executivas sin embargo de la apelacion, poniendo la razon principal en que se fundan para que puedan mas fácilmente extenderla á los demas casos en que la hallaren verificada.

40 La sentencia de excomunion no recibe apelacion suspensiva, y aunque se denuncie ó publique despues de la apelacion, ó en el tiempo en que pudo interponerse, continúa su efecto, y no causa atentado la publicacion.

41 Esta proposicion es literal en los *cap.* 53. §. 1. *ext. de Appellat.* y en el *cap.* 7. §. 1. *de Sententia excommun. in sext.*, y en la *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. La razon principal, que asegura la especialidad ó excepcion de la sentencia de excomunion, se presenta y señala en el citado *cap.* 53. §. 1. en aquellas palabras: *Cum executionem excommunicatio secum trahat, et excommunicatus per denuntiationem amplius non ligetur; ipsum excommunicatum denunciare potes, ut ab aliis evitetur.* Y la misma razon se expresa en la citada *ley* 21. *tit.* 9. *Part.* 1. "E tan gran »fuerza tiene la sentencia de descomunion, que luego que »es dada, liga; lo que non facen las otras sentencias. E »esto es en tal manera, ca maguer se alze despues della, »aquel contra quien la dan, todavía finca ligado, fasta »que sea absuelto."

De

42 De los efectos de la sentencia de excomunion, del tiempo en que los producen, y de los que tiene la apelacion que se interpone de ellas, trataré mas largamente en otro lugar, reduciendo ahora á dos proposiciones la explicacion de la que se ha propuesto: la primera que la novedad que se hace por el Juez que da la sentencia, despues que se apeló de ella, ó en el término en que puede hacerse, es la que se califica de atentada por el efecto suspensivo de la misma apelacion, y de la capacidad de interponerla; y como la execucion de la excomunion se perfeccione y consuma con toda su fuerza en la misma sentencia, nada resta que hacer al Juez en el tiempo señalado para apelar de ella, ni este caso forma con propiedad excepcion de la regla.

43 La segunda proposicion consiste en que la suspension tiene lugar en lo que está pendiente, pero no en lo que ya está executado, pues esto necesita de revocacion, cuyo efecto no tiene la apelacion posterior.

44 Por estos principios se preocupó Salgado en el *cap.* 10. *part.* 1. *de Supplicat.* para caer en la opinion de que el Rey y sus tribunales supremos no podian reparar derechamente por el recurso de suplicacion y retencion el daño público que habia causado la execucion de las Bulas Apostólicas ántes de presentarse en el Consejo, y de tratarse de su retencion en los tribunales Reales; pues suponiendo este autor que la autoridad del Rey en estos recursos era limitada á suspender el daño que podian producir las Bulas, y que se dirigia al propio fin el decreto de los tribunales supremos, confesó que no alcanzaba á reponer la execucion, y creyó necesario buscar otro medio que enmendase el daño público; en cuyo punto dice el mismo Salgado que meditó seriamente muchos dias con la felicidad de haber hallado para el fin referido un remedio, que llama milagroso.

45 De esta opinion y de la debilidad de sus fundamentos se trata con la oportuna extension en otro lugar; pues en éste solamente se hace memoria de su dictá-

men para confirmar que quando el remedio es solo suspensivo, no alcanza á reponer lo executado.

46 Para facilitar un conocimiento sencillo de las causas, que por su naturaleza ó por accidente no admiten apelacion suspensiva, me ha parecido establecer una regla por donde se podrán resolver las dudas, que se exciten en los casos particulares sobre el artículo de admitir las apelaciones en el efecto devolutivo solamente ó tambien en el suspensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padeceria la parte apelante, y el que trascenderia al mismo tiempo al público si no se le admitiese la apelacion en el efecto suspensivo, se debe deferir á ella en los dos efectos; y si la parte, á cuyo favor está dada la sentencia, se expusiese á mayor perjuicio por la suspension, ó fuese trascendental á la causa pública, cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo.

47 Los exemplos demostrarán con toda claridad la proposicion antecedente. En el *cap.* 13. *ses.* 25. *de Regularib.* previene el santo Concilio de Trento los escándalos y turbaciones que se experimentaban muchas veces en las disputas acaloradas, que excitaban los Eclesiásticos seculares y regulares sobre preferencia en las procesiones públicas, en los entierros y otros actos semejantes; y para ocurrir oportunamente á los graves daños que nacerian de estas turbaciones en ofensa de los mismos Eclesiásticos y de la causa pública, ordenó y mandó que el Obispo compusiese y cortase semejantes controversias, declarando la respectiva preferencia que debian tener segun el estado de posesion en que se hallasen las partes, llevando á debida execucion su providencia sin embargo de apelacion y de otro qualquiera recurso: *ibi*: *Episcopus, amotta omni appellatione, et non obstantibus quibuscumque, componat.*

48 Don Francisco Salgado, que trató de esta disposicion del santo Concilio en la *part.* 2. *cap.* 9. *de Reg. protec.*,

tec., estima por razon fundamental para excluir la apelacion, el que la providencia del Obispo en aquel caso es de puro gobierno para mantener la tranquilidad, evitar los escándalos, y precaver los tumultos y riñas, de que nacen tan graves daños al Estado: *ibi n. 6: Remedium igitur dicti Concilii decreti provenit à mero Judicis officio, ob rectam gubernationem, et tranquilitatem, ad sedandas rixas, tumultum, et controversias, et vitanda scandala.*

49 La *ley* 54. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* explica con mayor claridad las dos razones que recomiendan la execucion de las providencias que tocan al gobierno y tranquilidad de los pueblos, y prohibe se suspendan por las apelaciones ó inhibicion de los Jueces superiores, *ibi:* "Porque somos informados que muchas veces se siguen »muchos inconvenientes de rescebir nuestro Presidente, y »Oidores todas las apelaciones indistintamente, y man»dar sobreseer en la execucion, mayormente en las co»sas que se mandan en las Ciudades, Villas, y Lugares, »cerca de la governacion de ellas :::::: porque por esto »se impide mucho la buena governacion de las dichas »Ciudades, Villas, y Lugares, y es mucho perjuicio para »las Comunidades, y causa de muchos gastos, y por la »mayor parte la execucion de estas cosas es de ménos »perjuicio á las partes, que de ello se agravian."

50 En esta ley se reunen las dos partes de la regla insinuada: una el mayor daño que padecerian las ciudades si se suspendiesen las providencias de gobierno; y otra el menor perjuicio que de su execucion resulta á las partes que de ello se agravian, repitiendo al fin de la misma ley que se tenga consideracion al bien público, "ca quando las cosas de esta calidad son de poco »perjuicio, siempre se deve mucho mirar lo que paresscie»re que conviene al bien comun."

51 El propio fin, y sobre los mismos principios de gobierno y tranquilidad, lleva el interdicto posesorio de *ínterin*, precaviendo que las partes vengan á las armas para

ra mantener la posesion en que pretenden hallarse; y así en la providencia que con instruccion sumaria toma el Juez, considera únicamente el mero hecho de la parte que esté en posesion al tiempo de la controversia; y manda que no se la inquiete ni turbe en ella sin perjuicio del derecho, que puedan tener los que litigan, con respecto á los juicios plenarios de posesion y de propiedad, reuniéndose en esta sentencia interlocutoria la tranquilidad pública que se turbaria por las riñas y desavenencias de las partes, y el menor perjuicio que siente la que en esta providencia queda fuera de la posesion. Esto es lo que en resumen explicó el señor Covarrubias en el *cap.* 17. *de sus Prácticas*, y lo que justifica la execucion de este interdicto de *ínterin* sin embargo de la apelacion; y al mismo fin y para su mayor comprobacion conduce la *ley* 176. *ff. de Reg. jur.*, ibi: *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*; y la *ley* 13. *ff. de offic. Præsid.*, ibi: *Congruit bono, et gravi præsidi curare ut pacata, atque quieta provincia sit, quam regit.*

52 La *ley* 6. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* hace un resumen de los casos, en que no permite que de las providencias que se dieren haya apelacion suspensiva. Supone en su principio que el Alcalde debe otorgar la apelacion en los pleytos que las leyes disponen, y continúa refiriendo las limitaciones de aquella regla, *ibi*: "Pero »son algunos pleytos, en que no queremos que se otor»gue apelacion." Este no querer que haya apelacion está fundado en la razon y justicia, que siempre gobierna la voluntad del Rey, y es el alma de sus soberanas resoluciones.

53 Los casos, que refiere en las limitaciones de esta ley, son los siguientes: "Si se alzare demandar que al»gun hombre, que no era descomulgado, ó devedado, »que no sea sepultado." La suspension de este mandamiento seria contraria á la piedad y al buen gobierno de los pueblos, pues traeria gravísimos perjuicios á la sa-

salud pública, si no se diese sepultura á los cadáveres con motivo de la apelacion, que es el daño tan considerable que impide la suspension, y manifiesta que de parte del que apela no hay alguno, ó no es comparable con aquel.

54 El segundo caso es quando la providencia se dirige á la recoleccion de uvas, mieses, ó de otra cosa semejante que perece por tiempo, ó sobre dar gobierno á niños pequeños. Para justificar estas disposiciones motiva la ley la misma poderosa razon que se ha indicado: "Por»que en tales casos como estos, si se alongasen los pley»tos para alzada, las cosas se perderian, y nacerian dello »muchos daños."

55 La sentencias en que se mandan dar alimentos, ya sean difinitivas ó interlocutorias, no admiten apelacion suspensiva, quando el que los ha de recibir es pobre, y no tiene otros medios para mantenerse sino los alimentos presentes y futuros. Esta opinion se funda en la *ley* 27. *§.* 3. *ff. de Inofficios. testam.*, ibi: *De inofficioso testamento nepos contra patruum suum, vel alium scriptum hæredem, pro portione egerat, et obtinuerat, sed scriptum hæres appellaverat: placuit interim propter inopiam pupilli, alimenta pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, decerni, eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.*

56 Salgado con otros muchos autores, que refiere en la *part.* 3. *cap.* 1. *de Reg. protect.*, añade á las dos calidades ya expresadas de que sean los alimentos presentes ó futuros, y pobre el que los pide, otra singularísima, y es que se soliciten *ex officio judicis* y no *vi actionis*; pues en aquel caso quita el efecto suspensivo á la apelacion, y lo permite en este.

57 Scacia *de Appellation. q.* 17. *limit.* 7. *n.* 17. dice que de la sentencia, por la qual se mandase dar alimentos, no hay apelacion, ya se pidan *officio judicis* ó *vi actionis*, concurriendo los otros dos requisitos que se han expre-

presado. La misma opinion sigue Surdo *de Aliment. tit.* 8. *privileg.* 60. *n.* 23.

58 Salgado impugna con expresiones agrias y duras la opinion de los dos referidos autores, como puede verse al *n.* 13. del lugar citado: sus fundamentos me parecen poco sólidos; pues el principal que alega es la mencionada *ley* 27. §. 3. *de Inoffic. testam.*, en donde halla unidas las tres calidades, de que los alimentos se pedian por un nieto contra su tio ú otro heredero escrito, en el qual induce mas estrecha obligacion la misma naturaleza, y es de derecho natural que el padre y los demas ascendientes den alimentos á los hijos ó nietos; y la misma se reconoce en estos para con sus ascendientes, que es el extremo de ser pedidos, y deberse *officio judicis* los alimentos, y no poderse retardar la execucion de la sentencia en que se declaran y mandan pagar: los que proceden por obligacion de contrato ó legado se piden por la accion puramente civil que nace de la misma causa; y en ésta no reconoce tan eficaz y poderosa recomendacion que los haga executivos.

59 Pero deberia observar el expresado autor que la citada *ley* 27. §. 3. dispone lo conveniente al caso que se propone en ella, sin dar regla para todos los demas en que se piden alimentos por otras causas independientes del parentesco; para cuyos casos no induce diferencia alguna, y es voluntaria la que figura Salgado, viniendo á decir substancialmente por un argumento negativo que no hablándose en aquella ley de alimentos que se piden por contrato ó legado, no tiene lugar en estos la execucion de la sentencia sin embargo de la apelacion; pero como la razon primitiva consiste en el mayor daño que sentiria el que ha de percibir los alimentos siendo pobre, pues se veria expuesto á perecer, comparado con el que pueda sentir el que está condenado á prestarlos, procede la regla general que se ha expresado, y que se indica como causa principal en la citada *ley* 27. en estas palabras: *Propter inopiam pupilli.*

El

60 El señor Covarrubias en el *cap. 6. de sus Prácticas n. 5. y 6.* comprueba el dictamen de Scacia y Surdo, en quanto estiman deberse dar alimentos, aunque se pidan por extraños, y en virtud de la accion civil que proceda de contrato ó legado, concurriendo dos calidades: una que el actor manifieste y pruebe buen derecho en su instancia; y otra que sea pobre. Propone al núm. 5. este autor la qüestion ó duda en general: *Utrum actori pauperi cogatur reus dives expensas litis suppeditare*; y refiere la opinion de Guido Papa, quien estima indistintamente que el reo siendo rico debe dar *litis expensas* al actor pobre: ibi: *Cogendum esse reum divitem actori pauperi litis expensas ministrare.* Esta opinion en la generalidad con que se concibe es refutada por Covarrubias; pero la admite, quando exâminado el estado del pleyto y de la causa resultase alguna bien fundada presuncion del buen derecho del actor pobre: ibi: *Idem ipse profiteor, existimans nihilominus eam servandam fore, ubi perpenso statu litis, et causæ, constaret aliqua non levis præsumptio pro jure actoris pauperis. Nec id temere opinor, imo jure id verum esse ostendam ex his, quæ statim examinare constitui.*

61 Hasta aquí habla este sabio autor de la prestacion de las *litis expensas*, que aunque suenan como parte de alimentos no son de tan estrecha necesidad y recomendacion: porque sin aquellas, y en el supuesto de ser pobre el actor, podria seguir el pleyto; pero no podria mantenerse sin los alimentos, faltándole otros auxìlios como se propone. Debe tambien observarse que considerando suficiente una no leve presuncion de su derecho en el actor pobre para obligar al reo rico á que le dé *litis expensas*, con superior razon procederá esta obligacion constando plenamente, y llegando á la sentencia difinitiva. En este resúmen se demuestra que la causa de prestar *litis expensas* consiste en que el actor sea pobre, en que pruebe su buen derecho, y en que el reo tenga suficientes bienes de aquellos que se piden para contribuir con ellas, sin que se haga distincion alguna

entre la causa de pedir y la calidad del actor.

62 Al *n.* 6, *vers. Quantum ad primum*, trata de los alimentos, y reconoce que la disposicion de la citada *ley* 27. §. 3. *de Inoffic. testam.* puede tener lugar, no solo en los hijos y nietos de que habla, sino en los transversales y demas sucesores que pretenden la herencia por testamento ó *ab intestato*; y como en los hermanos y otros de mas distante grado no se halla aquella eficacia del derecho natural con que se movió Salgado, como razon singularísima, á restringir la prestacion de alimentos á los hijos y nietos, de que habla la enunciada ley, procede con igual equidad que se socorra al actor pobre, que justifica en bastante forma su derecho á los bienes que pretende, aunque no haya obtenido á su favor sentencia difinitiva. Esto es lo que en resumen dice el señor Covarrubias que procede por justa razon de equidad, y que se observó en la Chancillería de Granada, socorriendo con alimentos al actor pobre que pedia la herencia de su hermano intestado; y por esta regla concluye que se debe resolver la prestacion de alimentos, considerando el mejor derecho que por presunciones ó en otra forma equivalente probase el actor.

63 Bien consideradas las razones y causas en que pretenden fundar su dictamen los autores que se han referido, y tratan con otros muchos de este artículo, me parece que la causa principalísima, y la regla que de ella debe formarse, consiste en que los alimentos y *litis expensas* vienen á darse al actor pobre de sus propios bienes á proporcion de su valor y rentas; y así no se le mandan dar hasta tanto que ha probado plenamente su dominio y derecho, ó á lo ménos por unas presunciones suficientes que manifiesten la verdad entretanto que no se convencen por otras mas poderosas; y siendo esta causa general y comun á todos los actores pobres, no debe tenerse en consideracion el orígen y calidad de sus derechos y personas.

64 Las apelaciones que se interponen de la provision,

sion, institucion y colacion de los beneficios curados, no suspende la execucion por la misma regla establecida al principio de resultar gravísimos perjuicios á los fieles, que carecerian entretanto de propio pastor que les administrase sus alimentos espirituales, que siempre son de mayor preferencia que los alimentos corporales: *ex Authen. coll. 8. tit. 16. Novel. 115. §. 14. vers. Quæ obtinere decernimus.* ibi: *Si vero pro causis corporalibus cogitamus: quanto magis pro animarum salute providentia est nostræ solicitudinis adhibenda?* Salg. *de Reg. protec. p. 2. cap. 5. n. 85.*

65 Lo mismo sucede en los mandamientos para que se residan los beneficios curados. De uno y otro caso trató largamente Salgado *de Reg. part. 2. cap. 13. y 15.*; y siendo la razon, que excluye la apelacion suspensiva, tan notoria y generalmente recibida, basta insinuarla en este lugar para el fin de confirmar la regla de que no se suspenda por la apelacion la sentencia, ya sea difinitiva ó interlocutoria, quando el daño que resultaria habia de ser de notable consideracion; y por estos principios se debe gobernar este artículo en todos los demas casos que ocurran.

66 Aunque la apelacion es tan recomendable en los dos efectos, está cerca de producir notables daños á la causa pública con la dilacion; y para conciliar el interes del Estado en que no se opriman las partes que litigan en la natural defensa de sus derechos, y en que no se excedan de una justa y moderada defensa con daño del mismo Estado, ponen las leyes su mayor cuidado en señalar los términos competentes para que usen de las apelaciones, habiendo recibido este punto bastante variacion.

67 Las leyes antiguas de los Romanos solo concedian dos dias á las partes que litigaban para apelar, y tres haciéndolo por procurador: *ley 1. §. 5. y 6.*: *ley 2. ff. Quando appellandum sit*: *ley 6. §. 5. Cod. de Appellat.*

68 La experiencia fué haciendo conocer que la restriccion de estos términos precipitaba á las partes á in-

terponer sin meditada deliberacion sus apelaciones de que resultaban grandes daños; y se ocurrió á ellos ampliando el término al de diez dias por la *Novel.* 23. *tit.* 2., en que se hace memoria de las antiguas disposiciones y de sus efectos, y se enmiendan en el *cap.* 1., concediendo diez dias para apelar sin diferencia de que siga el pleyto la parte principal ó su procurador. Á esta nueva disposicion se refiere la *Auténtica*: *Hodie autem. de Appellat.*, conformándose con ella en todas sus partes la *ley* 22. *tit.* 23. *Part.* 3.: el *cap.* 32. *ext. de Election.*: el 36. *de Testib.*; y el 8. *de Appellat. in Sext.*

69 La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* moderó y limitó el término de los diez dias al de cinco en toda sentencia, sea difinitiva ó interlocutoria, concurriendo en ésta alguna de las calidades que la hagan apelable: *ley* 3. *del prop. tit. y lib.*

70 La disposicion de la citada *ley* 1 en lo esencial de este punto dice así: "Mandamos que quando el Al»calde ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio aca»bado, si quier otro sobre cosa, que acaezca en pleyto, »aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar has»ta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia, »ó rescibió el agravio, y viniere á su noticia; y si así no »lo ficiere, que dende en adelante la sentencia, ó man»damiento quede firme." Igual disposicion se contiene en las *leyes* 4. *y* 7. *del prop. tit. y lib.* reducida á las apelaciones; pero sin hacer novedad en lo que disponen las leyes sobre la suplicacion, como se advierte expresamente al fin de la citada *ley* 1, de cuyo particular se tratará en lugar oportuno.

71 Admitida la apelacion en el efecto que haya lugar segun derecho, atendidas la regla y limitaciones indicadas, concluye el Juez todo su oficio con dos partes: satisface á la primera haciendo dar al que apela testimonio claro y expresivo, que acredite la naturaleza de la causa, la cantidad sobre que se litiga, y las demas calidades que previene la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4.; y cumple con

con la segunda señalándole plazo conveniente para que se presente y mejore su apelacion ante el Juez de la alzada, segun dispone en su primera parte la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.*, y no señalándole plazo gozará de los que contiene la misma *ley* 2.

72 Para que la apelacion sea legítima requiere asimismo que se admita derechamente para el Juez superior inmediato del que dió la sentencia, sin que pueda hacerse á otro mas alto, *omisso medio*, como se dispone en las *leyes* 1. *y* 18. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "Agraviándose al»guno del juicio que le diese su Judgador, puédese alzar »dél á otro que sea Mayoral. Pero el alzada debe ser »en esta manera, subiendo de grado en grado, toda»vía del menor al mayor, non dexando ninguno entre »medias:" *cap.* 66. *ext. de Appellat.*: *cap.* 3. *de Apellat. in Sext.*

73 Contra estas literales disposiciones, que aseguran el debido honor y decoro á los Jueces, para no ser defraudados de su autoridad y jurisdiccion, y facilitan la natural defensa á las partes con menores gastos que los que sufririan con la mayor distancia de los Jueces, si se omitiesen los inmediatos, de que resultaria además conocida turbacion y arbitrariedad de las partes que apelan; se fué introduciendo insensiblemente en los tribunales eclesiásticos el abuso de venirse derechamente á usar de la apelacion y de otros recursos al tribunal de la Nunciatura ántes del establecimiento de la Rota Española, omitiendo los Metropolitanos que debian conocer de la causa en las segundas instancias; y este desórden, y el agravio general que produciria á las partes y á la causa pública, excitó el zelo y vigilancia del Consejo, ocurriendo á su enmienda por una carta circular de 26 de Noviembre de 1767, repetida en otra del año 1778, señaladamente en el capítulo 11. de la primera.

74 La *ley* 2. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.* señala los reynos y comarcas de donde deben ir las apelaciones á las dos Chancillerías de Valladolid y Granada, declarando al

fin

fin, para quitar toda duda, que estando las ciudades y villas en una de las dichas comarcas, aunque en su término y jurisdiccion tengan lugares de la otra, todos los lugares sigan la cabeza de jurisdiccion. La *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. ratifica en su principio la misma regla; y la 39. *del expresado tit.* 5. *lib.* 2., siguiendo el espíritu de la citada *ley* 2. declaró para el recurso de las fuerzas que residiendo los Jueces eclesiásticos en el territorio de alguna de las dos Chancillerías, aunque las partes correspondiesen al otro, fuesen los procesos á la del territorio en donde residia el Juez eclesiástico; y lo mismo se declaró con respecto á la Audiencia de Sevilla en la *ley* 7. *tit.* 2. *lib.* 3.

75 Esta Audiencia y las demas que se han establecido en el reyno tienen sus respectivas demarcaciones, y son los tribunales inmediatos adonde deben ir las apelaciones de los Jueces que residen dentro de sus términos.

76 Esta es la regla general, aunque recibe algunas limitaciones que refieren las leyes: la primera es quando la causa es de menor quantía que no excede de treinta mil mrs., á que se extendió por la *ley* 19. *tit.* 18. *lib.* 4. la que estaba señalada en las *leyes* 7. *y* 18. *del prop. tit. y lib.*; pues habiendo costumbre en estas causas de que sus apelaciones vayan al concejo, Justicia y oficiales de la ciudad de la jurisdiccion, donde el Juez dió la sentencia, estos son los Jueces inmediatos, y con su sentencia se acaba el pleyto; bien que estando el Juez que dió la sentencia en los lugares donde hay Chancillerías y Audiencias ó á ocho leguas de distancia, pueden las partes elegir tribunal, ya sea la Audiencia ya el ayuntamiento de la ciudad.

77 En los lugares de las quatro Órdenes militares comprehendidos en los territorios de las Chancillerías y Audiencias usa el Consejo de Órdenes de jurisdiccion en las apelaciones y recursos á prevencion con las mismas Chancillerías y Audiencias por gracia y merced de los se-

señores Reyes, autorizada con una práctica constante; sobre lo qual declaró lo conveniente el señor Don Felipe V. en el *auto acordado* 9. *tit.* 1. *lib.* 4.

78 De esta preventiva jurisdiccion entre dicho Consejo y las Chancillerías resultaban muchas vexaciones y daños á las partes y á la causa pública; pues apelando una al Consejo y otra á la Chancillería libraban estos tribunales sus respectivos despachos para que se remitiesen los autos con emplazamiento á las partes; y no pudiendo las Justicias ordinarias cumplir con los dos, padecian atropellamientos en sus personas y en sus bienes; y por estas repetidas experiencias se hizo entender al de Órdenes y á las Chancillerías que quando disputasen en tales casos su jurisdiccion preventiva, no apremiasen á las Justicias ni á las partes, y recurriesen al Consejo para que enterado por las respectivas diligencias de dichos tribunales de la anticipada prevencion, dexase expedito su conocimiento.

79 La tercera excepcion de la enunciada regla consiste en que las partes pueden recurrir al Rey derechamente con sus apelaciones, como se dispone en la citada *ley* 18. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi*: "Pero si alguno quisiere luego tomar la primera alzada para el Rey, ante que pasase por los otros Jueces, decimos que bien lo puede facer. E esto, porque el Rey ha señorío sobre todos, é puédelos judgar."

80 En esta razon que pone la ley antecedente, se demuestra el poder del Rey para juzgar todas las causas de sus súbditos, ya sea por su propia persona, ya por los tribunales á quienes quiera remitirlas. De esta autoridad suprema, y del beneficio que produciria si usasen de ella los mismos Reyes, permitiéndoselo los importantes negocios del gobierno de sus reynos, trató de intento Marquez, *en su Gobernador Christiano*, *lib.* 1. *cap.* 19. §. 2.

81 La *ley* 19. *tit.* 23. *Part.* 3. dispone que de las alzadas que se hacen al Rey conozcan aquellos que juzgan quotidianamente en su corte. Estos son los del Con-

se-

sejo Real, que como Ministros colaterales del Rey despachan con su inmediata representacion; y á fin de hacer justicia á los que vienen á su corte á pedirla, se ordenó en la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* que el Rey se sentase en público dos dias en la semana con los de su Consejo, y con los Alcaldes de Corte; y que lo hiciese en los dias Lúnes y Viérnes. Los señores Reyes católicos restringiéron los dos dias al Viérnes perennemente; pero no se desprendiéron de oir y despachar los negocios de justicia con su Consejo lo mas pronto que fuese posible, tomándose á este fin el trabajo de andar por todas las tierras y señoríos usando y administrando justicia, acompañándoles el Consejo y los Alcaldes, como se manda en la *ley* 5. *del prop. tit. y lib.*

82 En todos tiempos han confiado al Consejo los señores Reyes de España los negocios de mayor importancia y gravedad, concediéndole amplísimas facultades para conocer de todos los asuntos que le pareciere que convienen al mejor gobierno del reyno, como se dispone en la *ley* 22. *tit.* 4. *lib.* 2. Tambien se reservan al Consejo por la misma consideracion de su alta confianza otros muchos negocios de gravedad, en que estan inhibidas las Chancillerías y Audiencias; y de ellos hacen mérito la *ley* 8. *tit.* 5. *lib.* 1: la 62. *cap.* 25. *tit.* 4: la 81. *tit.* 5. *lib.* 2: *auto* 1. *tit.* 4. *lib.* 2, *y otras muchas de la Recop.*, debiendo observarse que aunque en algunas leyes se mandan remitir á las Chancillerías y Audiencias los negocios de ciertas clases, en ninguna se halla inhibido el Consejo; y le queda expedita su autoridad para conocer de los que entienda que convienen al mejor servicio del Rey y beneficio de las partes, ya sea por la gravedad de la causa ya por la proximidad de los pueblos, aunque estén fuera del rastro de la corte, y comprehendidos en la demarcacion de las Chancillerías.

83 De estas facultades he visto usar algunas veces, pero siempre con prévia y detenida instruccion, que asegu-

gure la utilidad de traer al Consejo la causa, que en otros términos iria á la Chancillería del territorio.

84 Tambien estan reservadas al Consejo, y no pueden ir á las Chancillerías las apelaciones de diferentes causas, que aunque se hayan seguido por las Justicias de los territorios de las Chancillerías y Audiencias corresponden inmediatamente al Consejo por la naturaleza de la materia que comprehenden, y por otro respecto de utilidad pública segun se expresa en las *leyes* 20. *y* 23. *tit.* 4. *lib.* 2. y en otras muchas. Para las causas civiles de que conocen en Provincia los Alcaldes de Corte, se ordenó (y en excepcion de la regla antecedente) que sus apelaciones vayan al Consejo, ó á los mismos Alcaldes que conocen de lo civil. Estas disposiciones recibiéron mucha variedad desde su establecimiento hasta el estado presente, así en la cantidad de que podian conocer los Alcaldes en la apelacion, como en los que han de ser Jueces en esta segunda instancia.

85 La *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. hace supuesto de que todas las apelaciones de qualesquier Jueces, así ordinarios como delegados, deben ir á la Chancillería; y por limitacion de esta regla pone entre otras la siguiente: "Que »las apelaciones de los Alcaldes de la nuestra Casa y »Corte de causas civiles, porque los pleyteantes no sean »fatigados con gastos, queremos que vayan ante los de »nuestro Consejo, estando en el lugar, donde el tal ne»gocio se determinare."

86 La *ley* 2. *tit.* 6. *lib.* 2.° dispone que en las causas civiles, de que conocieren los Alcaldes de Corte, "no »aya apelacion, ni suplicacion, ni agravio, ni nulidad, »salvo para ante Nos, y los del nuestro Consejo, y no »para ante los Oidores de la nuestra Audiencia, ni para »otro alguno." Estas dos leyes no determinan los Alcaldes que podian conocer de lo civil, y es argumento de que lo podian hacer todos, cuyo número, segun expresa la enunciada *ley* 2, se reducia á quatro.

87 Por la *ley* 16. *del propio tit. y lib.* se aumentá-

ron hasta seis, encargando á los quatro el conocimiento de las causas criminales, y reservando á los dos el de las civiles de la corte y rastro. Estos dos Alcaldes no estaban destinados con perpetuidad á las causas civiles, pues se debian elegir por turno, como se expresa en el §. 13. de la misma ley; y aunque no dice por quanto tiempo debia durar esta eleccion, y repetirse otra sucesivamente de los restantes Alcaldes, manifiesta en el §. 14. que el nombramiento debia hacerse cada año por turno, concluyendo con que el exercicio de lo civil alternaba anualmente entre los seis Alcaldes.

88 Esta disposicion no solo tuvo efecto para las nuevas causas que ocurriesen, sino tambien para las que estaban pendientes ante los mismos dos Alcaldes nombrados, y ante los otros que conocian tambien de lo civil; demostrándose en esto que todos entendian en lo criminal y en lo civil.

89 No era de esperar que durase mucho tiempo esta legislacion, porque los dos Alcaldes que se nombraban no tenian la instruccion conveniente de las causas que pendian ante los otros, y á estos sucedia lo mismo respecto de las que pendian ante los dos Alcaldes, quienes las iban dexando á los que entraban en turno; y así sucederia muchas veces que las mismas causas que habian empezado unos Alcaldes, aunque volviesen á ellos pasado el turno de los otros, ya no las conociesen por lo que se habria adelantado en ellas, y por el diferente órden que acostumbran darlas los Jueces en su progreso y substanciacion, haciéndose por todo esto mas embarazosa la expedicion de los negocios, quando interesa tanto su brevedad.

90 Si uno de los dos Alcaldes, que estaban en turno para conocer de las causas civiles, se hallase enfermo ó legítimamente impedido, despachaba el otro las suyas y las del compañero con los ocho escribanos de Provincia, como se dispone en el §. 16; y esta es otra circunstancia que prometia poca duracion de este establecimien-

miento, que hasta entónces gobernaba el progreso y determinacion de las causas en primera instancia.

91 No fué mas feliz lo que se dispuso en el §. 17. acerca de las apelaciones de las sentencias que daban estos dos Alcaldes; pues encargó su conocimiento á los mismos, no llegando la cantidad á cincuenta mil maravedis; y como el uno de ellos habia ya dado su dictámen en la sentencia de primera instancia, no era fácil que entrase en la segunda con aquella indiferencia que corresponde; y esta era otra circunstancia que hacia poco segura la justicia, y la ponia en ocasion de freqüentes discordias con mayores gastos de las partes y dilacion de las causas. Este es un efecto del amor propio que ocupa tambien hasta los Jueces mas superiores. Los Prefectos Pretorios fuéron los Jueces mas autorizados entre los Romanos, y sin embargo sospecháron que no reformarian las sentencias que hubiesen dado, como se explica la *ley* 35. *Cod. de App.* ibi: *Et si alius quidem præfectus, credibile est, quia rescindet quæ fuerint ab altero judicata: si vero idem ipse fiat Præfectus iterum, is, qui jam sententiam tulit, contra cujus calculum, et supplicationes oblatæ sunt, quia præsumitur pro vetere sua sententia dicturus, jubet constitutio, ut quæstor una audiat cum ipso iterum aut tertium præfecto creato, et examinante suas in priore magistratu dictas sententias, statuens, ut nulla sit contra hujusmodi sententias retractatio.*

92 La experiencia acreditó lo fundado de esta presuncion, y obligó á que se variase y diese nueva forma en el conocimiento de las causas civiles en primera instancia, y en las apelaciones; pues en aquellas debian conocer los cinco Alcaldes, despachando cada uno con dos escribanos de Provincia, y en las apelaciones los dos nombrados por turno con tal que la sentencia, de que se apelaba, no fuese dada por alguno de ellos; en cuyo caso se habia de nombrar otro por el Presidente para que entrase en su lugar. Esto es lo que se determinó y enmendó en la *ley* 18. *§§. 1. 3. y 4. tit. 6. lib. 2. de la Recop.*

93 En esta forma continuó hasta que á representa-

cion del señor Conde Presidente, y á consulta del Consejo se expidió Real cédula en 6. de Octubre de 1768, por la qual se estableció que se dividiese Madrid en ocho quarteles, debiendo situarse en cada uno por su antigüedad igual número de Alcaldes: que los referidos ocho Alcaldes despachasen las causas civiles en primera instancia, como lo hacian ántes los cinco, executándolo los seis mas antiguos con uno de los escribanos de Provincia, y los dos mas modernos con dos escribanos cada uno: que las apelaciones que ántes iban á los Alcaldes fuesen en adelante á la Sala segunda del crímen, que se formó y dividió por la misma Real cédula; todo lo qual se ha observado con la mayor exâctitud y puntualidad, habiendo producido el uso de las demas disposiciones que contiene dicha Real cédula el buen órden y tranquilidad que gozan desde entónces los moradores de Madrid.

94 Pero habiéndose recargado la referida Sala segunda con los pleytos que iban á ella en apelacion de las sentencias dadas por los Alcaldes y Tenientes de Madrid, siendo conveniente relevarla de ellos en alguna parte para que los litigantes lograsen mas pronto despacho, y le tuviesen al mismo tiempo los negocios criminales de la dotacion de dicha Sala, resolvió S. M. á consulta del Consejo, y se expidió Real cédula en 19. de Abril de 1785, por la qual se dispone y manda que los pleytos de menor quantía, que por la enunciada Real cédula de 6. de Octubre de 1768. debian ir por apelacion á la Sala segunda criminal, se repartiesen por turno entre ésta y la Sala primera, conociendo aquella de dos causas, y ésta de la tercera; y así por el mismo órden empezando el turno de las dos causas por dicha Sala segunda, que se debe observar igualmente en las causas de despojos, y en otras que remitiese el Consejo á las referidas Salas en los casos de sus apelaciones.

95 La citada Real cédula de 6. de Octubre de 1768. no hizo novedad en la quota de que podian conocer los dos Alcaldes en la instancia de apelacion; y así quedó redu-

ducida á trescientos mil maravedis, que es la última cantidad señalada por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9. de Septiembre de 1750, y componen ocho mil ochocientos veinte y tres reales, y diez y ocho maravedis de vellon.

96 Las apelaciones de las sentencias que dan los Alcaldes, que despachan las causas civiles en Provincia, excediendo de la cantidad referida, van al Consejo en Sala de Provincia; y de las que dieren el Corregidor ó sus Tenientes, excediendo de esta cantidad, corresponden al Consejo segun el *aut. acord.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4.

97 Como en algunas causas no puede reducirse el interes á cantidad determinada, se ofrecian freqüentes dudas sobre si las apelaciones debian ir á la Sala ó al Consejo. Yo he visto que se llevaban á la de Provincia los pleytos sobre despojo de casas, y que se admitian algunas veces sus apelaciones, y en otros se declaraba corresponder á la Sala.

98 De las causas entre los individuos de los gremios menores de Madrid sobre la observancia y cumplimiento de sus ordenanzas conocen los Alcaldes de Provincia en primera instancia, y sus apelaciones van siempre á Sala segunda; pero quando se trata de la inteligencia, interpretacion ó declaracion de alguna de dichas ordenanzas, corresponden las apelaciones al Consejo en Sala de Gobierno por dimanar de ella la aprobacion de las ordenanzas.

99 Del modo y progreso con que se mejoran las apelaciones, así en la Sala como en el Consejo, y del efecto que causan las sentencias que se dieren, confirmando ó revocando las de primera instancia, se tratará oportunamente en otro capítulo.

CA-

270 JUICIO CIVIL.

CAPÍTULO III.

De la mejora de la apelacion, su progreso y fin.

1 Admitida la apelacion por el Juez de primera instancia traslada al superior inmediato el conocimiento de la causa en las partes ó artículos que comprehende; pero como estos hechos y sus efectos, aunque sean ciertos para la ley, no lo son para el Juez superior, debe probarlos la parte apelante por ser el fundamento de su intencion, á cuyo fin se presenta en su tribunal con poder suficiente y testimonio de la apelacion en la forma siguiente.

M. P. S.

2 N. en nombre y en virtud del poder, que en debida forma presento de N., vecino de T., ante V. A. me presento en grado de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos del Alcalde mayor de T., señaladamente de la sentencia difinitiva, que dió en tantos de tal mes, en los que contra mi parte ha seguido N., vecino de T., por la qual condenó á dicha mi parte á que en el término de nueve dias pague á la contraria diez mil reales, de la qual sintiéndose agraviada interpuso apelacion en tiempo y forma, y le fué admitida en ambos efectos, como se acredita del testimonio que con la solemnidad necesaria presento: En cuya atencion. A. V. A. suplico que habiendo por presentados el poder y testimonio referidos, se sirva mandar librar vuestra Real provision para que el escribano, en cuyo poder paran los autos, los remita originales en el breve término que se le señale; y venidos que sean, se me entreguen para mejorar la apelacion, y exponer los agravios que contiene la citada sentencia, por ser todo de justicia que pido, juro lo necesario, &c.

Al

3 Algunas veces se presenta la parte que apeló en el tribunal superior sin testimonio de la apelacion interpuesta y admitida, refiriendo y motivando la dilacion y vexaciones que le causan el Juez y escribano, retardando el testimonio que ha pedido con repetidas instancias; y aunque concluyen pidiendo que se manden remitir los autos, se provee el correspondiente limitado á que dentro del breve término que se le señala, el Juez mande darle el testimonio de la apelacion que hubiere interpuesto, ó interpusiere en tiempo y forma, y que el escribano lo cumpla con apercibimiento.

4 Esta práctica observada constantemente en los tribunales superiores, como lo he visto muchas veces en el Consejo, confirma la necesidad de probar la apelacion, como fundamento de la parte que recurre.

5 Si en el término señalado no le diesen el testimonio, vuelve la parte al mismo tribunal quejándose del Juez y escribano, y presentando unas veces la provision original con los requerimientos ó citaciones puestas á su continuacion, y otras con solo el testimonio de las notificaciones. En el primer caso constando ser pasado el término, se manda librar sobrecarta á costa del Juez ó escribano que haya motivado la dilacion; y en el segundo se libra nuevo despacho sin la expresion de que sea sobrecarta, aunque el efecto es uno mismo.

6 La *ley* 22. *tit.* 23. *Part.* 3. expresa el término en que se puede apelar, el modo y forma en que se debe hacer, y lo que se debe pedir, refiriendo en esta última clase lo siguiente: "E pido que me dedes vuestra carta »para él, é el traslado de la sentencia, é de los actos del »pleyto, como pasáron ante vos." La *ley* 26. *del prop. tit. y Part.* expresa al mismo intento lo que debe pedir el que apela, y le debe dar el Juez. "Mas dévenles pedir man»samente, que les den el pleyto como pasó, é las razo»nes como fuéron tenidas, é el juicio que fuera dado so»bre ellas: é el Alcalde de quien se alzaren, dévelo facer, »dándoles traslado de todo, bien, é lealmente, non crecien»do,

»do, nin menguando ninguna cosa, é sellar el escrito con »su sello. E esto ha de ser fecho, fasta tercer dia despues »que se alzáron de su juicio, ca de otra guisa, aquel que »ha de judgar el alzada, non podria bien entender, si »se alzó la parte con derecho, ó non." Prosigue la ley y dice: "Otrosí mandamos, que el Juez, luego que ovie»re dado el escrito á las partes, que les ponga plazo »guisado, á que puedan presentar, é seguir el alzada an»tel Rey, ó antel Alcalde que la oviere de judgar."

7 La *ley* 27. *siguiente* previene lo que debe hacer el mayoral que ha de juzgar el alzada, y pone lo primero: "Que pues que las partes, ó alguna de ellas parecie»re antel, que ha de abrir la carta en que es escripta el »alzada, é catar muy afincadamente el pleyto como pa»só, é las razones como fuéron tenidas, é el juicio como »fué dado."

8 Todas las leyes que se han referido reunen sus disposiciones á que la parte que apela se ha de presentar ante el Juez superior con el traslado del proceso íntegro; y en ninguna se hace memoria de que pueda hacerlo con solo el de la sentencia, su apelacion y admision, que es el testimonio de que se usa ahora.

9 La *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone igualmente que la parte que apela debe presentarse en el plazo que le señale el Juez, ó en el que contiene la misma ley ante el superior con el proceso; y esto lo repite tres veces: *ibi*: "Y parescer con el proceso ante el Juez de »las alzadas:::: y la parte que uviere de seguir el alza»da, sea tenido de se presentar ante el Juez de las alza»das con todo el proceso del pleyto; y si con el proceso »del pleyto no se presentare, que no sea oido en el pley»to de la alzada, y la sentencia finque firme."

10 Como esta ley fué establecida y publicada por el señor Rey Don Alonso XI. en las cortes de Alcalá, Era de 1386, siguió lo dispuesto en las leyes de *Partida* que se publicáron al mismo tiempo.

11 La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* ordena: "Que en »las

»las causas que vienen á las nuestras Audiencias por via de »apelacion, ó remision, tengan las partes para se presen»tar, y venir, y seguir las causas, y traer los procesos, los »términos que estan ordenados por la ley de Alcalá, que »es la segunda de este título, que si fuere aqüende los Puer»tos sean quince dias, y si allende, quarenta;" confirmándose por la disposicion de esta ley que la parte que apela debe presentarse con los procesos ante el Juez de la alzada.

12 La *ley* 10. *del mismo tit. y lib.* es la primera que hace memoria de los testimonios de la apelacion, con que se presentaban las partes que apelaban ante los Jueces superiores; no porque esta ley introduzca tal novedad, ántes bien supone que se usaba ántes acudir al Juez de la alzada con los testimonios de la apelacion, pero que eran tan diminutos y obscuros que habian producido grandes inconvenientes por no entenderse bien la cantidad de la demanda, ni si la causa era civil ó criminal, ni si las apelaciones estaban admitidas en los dos efectos ó en uno solamente; y en estos supuestos redùce la ley sus disposiciones á que se extendiesen dichos testimonios con la claridad conveniente en esta parte, como en efecto se observa. De aquí se puede concluir por la serie de las enunciadas leyes que esta práctica de presentarse al superior con los testimonios sucintos de la apelacion debió su orígen al uso y estilo de los tribunales, y que despues se autorizó por la ley, conociendo las ventajas que por este medio lograban las partes y la causa pública, de las que se notarán algunas en el progreso de este capítulo.

13 La apelacion se admite de quatro modos: primero diciendo expresamente que la admite en ambos efectos devolutivo y suspensivo: segundo quando dice que admite la apelacion sin expresar en que efectos, ni poner otra alguna limitacion: tercero quando la admite en quanto ha lugar en derecho; y el quarto diciendo que la admite solamente en el efecto devolutivo y no en el suspensivo.

14 En el primer caso, que se ha de acreditar con

el testimonio de la apelacion, manda librar el Juez superior provision ó despacho para que se le remitan los autos originales, logrando las partes y el público mayor expedicion y brevedad en el seguimiento de aquella instancia, y excusando los gastos de la compulsa; y estas son dos ventajas muy considerables que no podia conceder el Juez inferior, porque estaba ligado á dar copia ó traslado de los autos, segun lo disponen las leyes referidas.

15 No se hace agravio al Juez inferior en pedirle los autos originales: porque habiendo deferido á la apelacion en los dos efectos, le son inútiles, y no puede proceder en ellos por haber apartado de sí toda su jurisdiccion, ligándose las manos, y quedando inhibido para proceder en aquella causa; y así el Juez superior no ofende al inferior con la inhibicion virtual que contiene la remision de autos originales, ántes bien va conforme á su intencion.

16 Procede esta doctrina y el uso de los tribunales aun en los casos, en que el Juez inferior concediese la apelacion en las causas, que por su calidad y naturaleza no la admiten en el efecto suspensivo: porque en quanto está de su parte, se desprendió de toda su jurisdiccion y conocimiento; y constando por el testimonio de la apelacion haberla admitido en los dos efectos, estima el Juez superior por el concepto y presuncion, que debe tenerse á favor de la justicia en los procedimientos de los Jueces, entretanto que no se pruebe y declare lo contrario, que la apelacion es legítima en los dos efectos, en que fué admitida; y procede por conseqüencia que no se le hace agravio en que se manden remitir los autos originales, aun quando la parte apelada lo contradiga, motivando que la sentencia dada á su favor es executiva: porque este incidente, en el qual se trata de la nulidad ó revocacion del auto del Juez inferior, en que admitió la apelacion en los dos efectos, pide audiencia, conocimiento y decision, y no debe embarazar entretanto el progreso de la causa principal, especialmente para que

que se lleve original al Juez superior, en cuyo tribunal podrá tratarse y decidirse este artículo prévio por los mismos hechos, calidad y naturaleza del proceso, así como se hace para inhibir al Juez inferior quando él no se inhibió en la apelacion, limitándola á solo el efecto devolutivo, y reservándose la jurisdiccion para executar su sentencia.

17 Esta práctica de los tribunales es conforme á la razon, y á lo que dispone el derecho, señaladamente en el *cap.* 5. *de Appellat. in Sext.*, y á lo que con mas extension tratan y fundan los autores, especialmente Salg. *de Reg. part.* 3. *cap.* 18, y Lancelot. *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *limit.* 1. *n.* 71. *y siguientes.*

18 En el segundo caso referido proceden uniformemente todas las disposiciones que se han aplicado al primero: porque admitida la apelacion sin expresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda en solo el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida, que equivale á la universal, concurriendo alguna razon de equidad y beneficio, como lo explican con claridad y distincion Covarrub. *Variar. lib.* 1. *cap.* 13, Castill. *Controv. lib.* 1. *cap.* 44. y *lib.* 8. *cap.* 46. con otros muchos que refieren; y verificándose en la apelacion la equidad y favor, en que se interesa la natural defensa á que se dirige, es preciso entenderla con toda la amplitud posible á beneficio de la parte que apela; siendo uno de los casos en que la proposicion indefinida de admitir la apelacion tiene el mismo efecto que la universal de admitirla en todos los que la puedan corresponder, que son el devolutivo y suspensivo.

19 Concurre tambien en confirmacion de la doctrina antecedente que el Juez de quien se apela puede dar ley clara al acto de su jurisdiccion, y quando no lo hace se le debe imputar su negligencia, y entenderse con toda la extension del derecho á beneficio de la equidad y de la natural defensa: *ley* 2. *tit.* 33. *Part.* 7: *ibi*: "De-

»be interpretar la dubda contra aquel que dixo la pala»bra, ó el pleyto escuramente, á daño del, é á pro de la »otra parte:" *ley* 39. *ff. de Pactis.*

20 El que apela siempre desea y pide que se le admita la apelacion en ámbos efectos; y respondiendo el Juez simplemente que la admite, se entiende que se refiere á la pretension de la parte, y que repite las mismas calidades y condiciones de que sea en los dos efectos. La prueba de esta proposicion se toma de la *ley* 24. *tít.* 11. *Part.* 5. en aquellas palabras: "É esto seria, como si di»xese un ome á otro: ¿Prométesme de dar un caballo, »é una mula? Ca si el otro dixese simplemente, prome»to; vale la promision en todo." Y es la razon, porque para valer la estipulacion ha de concordar enteramente la respuesta con la pregunta, como se dispone en la *ley* 26. *del prop. tit. y Part.*; y se entiende que es uniforme, quando simplemente se promete lo que se ha estipulado ó pedido con palabras copulativas, como si expresamente las repitiese en su respuesta.

21 Al propio intento conduce el §. 5. *Instit. de Inutilib. stipulat.* en el qual se propone que si uno estipulase *sub conditione*, *vel in diem*, y se le respondiese simplemente, *promitto*: se resuelve, *breviter videris in eundem diem, vel conditionem spopondisse*; y el Vinnio sobre el versículo: *Neque enim necesse est*, explica la misma repeticion, ibi: *Sed simpliciter respondendo, spondeo, aut promitto, responsio ad universam conceptionem, atque ad omnia interrogata refertur: nam ut stipulator verba concepit, et quasi præivit, ita respondisse intelligitur.* Lo mismo se dispone en el §. 18. *del referido título: Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat dare spondeo, propter omnes tenetur.*

22 Si los Jueces admiten la apelacion con la cláusula "en quanto ha lugar en derecho", como lo hacen freqüentemente, dan motivo á las partes para que duden y disputen si dicha apelacion produce los dos efectos devolutivo y suspensivo ó solamente el primero; y aun si acaso

se

se extiende á excluir los dos, considerando que la causa por su naturaleza y condicion no puede admitir de modo alguno apelacion. Para embarazarse en estas controversias toman ocasion de la opinion y doctrina de algunos autores.

23 Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 18. *n.* 1. *y* 2. procede en el supuesto de que la apelacion, en los dos primeros casos de ser admitida expresamente en los dos efectos, ó simplemente como se ha referido, dexa sin jurisdiccion al Juez de la causa, y traslada todo su conocimiento al superior, y establecida esta conclusion como regla general en la materia, continúa con la siguiente limitacion: *Secus autem quando cum clausula (si, et in quantum de jure admitti potest), qua quidem clausula frequenter uti Judices adsolent, quæ operatur, uti si de jure admittenda sit, et deferendum, delatum censeatur: secus autem si deferri de jure non debeat, quia non intelligitur ei delatum, sed omnino à jure delatio pendet.* Lanceloto *de Attentat. part.* 2. *cap.* 12. *limitat.* 1. *desde el n.* 72. procede sobre la misma regla indicada, y al 90. pone por limitacion de ella el caso en que se admita la apelacion con la cláusula referida, "en quanto ha lugar en derecho": *Quoniam hoc casu, si de jure non erat deferendum, non censetur delatum.* Refiere el mismo Salgado en comprobacion de su opinion muchos autores, siendo uno de estos Menoch. *de Recuperand. posses. remed.* 9. *n.* 331. ibi: *Nisi admissa fuisset appellatio hæc cum clausula, si, et quatenus de jure admitti potest: operatur enim clausula hæc, ut si admittenda sit, recte admissa censeatur, alias rejecta.*

24 Por estas explicaciones queda reducida la opinion de los referidos autores á un hecho incierto con respecto á las partes, cuya ignorancia forma una condicion relativa al tiempo pasado ó presente; y hasta que se purifique por la declaracion del Juez, que debe hacerla con expresion de si el derecho admite la apelacion en aquella causa de que se trata, ó si tiene lugar solamente en el efecto devolutivo, ó si comprehende los dos, es-

tan

tan las partes impedidas de usar del que las corresponda, y viene á concluirse en el concepto de los autores citados que el auto de admitir la apelacion, "en quanto haya »lugar en derecho", es ilusorio, pues nada dice, y se ha de esperar á que se verifique por otro auto posterior declaratorio la condicion que incluye el primero, reducida á si el derecho permite tal apelacion y con que efectos.

25 Esta inteligencia se desvia mucho de la seguridad y claridad que piden y recomiendan las leyes en todas las sentencias de los Jueces, como lo es la de otorgar la apelacion.

26 La *ley* 3. *tit.* 22. *Part.* 3. dice: "Cierto, é dere»chero, segund mandan las leyes de nuestro libro, é ca»tada, é escodriñada, é sabida la verdad del fecho, deve »ser dado todo juicio, mayormente aquel que dicen sen»tencia difinitiva." La 14. *del prop. tit. y Part.* añade: "So »condicion non deven los Judgadores dar sus juicios, é si »por aventura los diesen, é la parte contra quien fuesen »dados, se alzase, por tal razon como esta lo podria re»vocar el Juez del alzada." Al mismo intento conduce la ley 1. §. 5. *ff. Quando appelland. sit*, ibi: *Sane quidem non est sub conditione sententia dicenda*; y la *ley* 37. *de Excusationib. tutor.*

27 De esta condicion, que se refiere al tiempo pasado, habla la *ley* 12. *tit.* 11. *Part.* 5, y es conforme en su disposicion á la del §. 6. *Institution. de Verbor. obligat.* explicada por Vinnio sobre el *vers. Aut statim infirmant obligationem*: ibi: *Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, necne: cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi, aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit conditionem esse falsam.*

28 Considerando por una parte que los autores referidos tendrian presentes los perjuicios que sentirian las partes y el público, si aquellas no podian usar libremente de su derecho, continuando la apelacion que fué admi-

mitida con la cláusula general, "en quanto ha lugar en de-»recho", y observando por otra la uniforme inteligencia que han dado los tribunales al referido auto con extension á los dos efectos devolutivo y suspensivo, conviene conciliar el dictamen de los autores y sus fundamentos con la práctica de los tribunales, distinguiendo dos casos: uno que admitida la apelacion, "en quanto ha lugar en dere-»cho", gobierna lo dispuesto por regla general, entretanto que no se prueba su limitacion; y como en el derecho es cierto, y lo es tambien para las partes, que toda apelacion tiene por la regla indicada los dos efectos, pues con la posibilidad de introducirla en el término de los cinco dias, mucho mas con interponerla, y con mayor razon despues de admitida, se ligan las manos del Juez inferior, y extingue su jurisdiccion para los procedimientos sucesivos, viene á quedar aquella apelacion, admitida "en quanto ha lugar en derecho", en una disposicion positiva sin duda ni condicion alguna: porque si la ley es cierta, y el Juez sabe los efectos que da á la causa de que se trata, y es tambien cierta la misma ley para las partes, pues ni aun pueden alegar su ignorancia, es preciso que se estime la apelacion con todo el favor y beneficio posible en utilidad de las partes ó de su natural defensa.

29 Si alguna de las partes reclamase la enunciada apelacion, y acreditase que por la naturaleza y calidad de la causa no debe suspenderse la execucion de la sentencia, y se declarase así con audiencia instructiva de los interesados, cederá entónces la regla general y sus efectos á la especial de su limitacion, y tetrotrayéndose al tiempo en que se admitió la apelacion "en quanto habia lugar »en derecho", podrá entenderse que desde entónces salió restringida á solo el efecto devolutivo, y que pendia de su declaracion posterior, pero sin alterar entretanto la regla que siguen los tribunales superiores, mandando en su conseqüencia librar provision ó despacho para que se remitan los autos originales por los favorables efectos

que

que se han explicado en los dos casos antecedentes, viniendo á ser todos tres uniformes en sus efectos.

30 Algunas veces se mandan remitir los autos originales, aunque la apelacion se haya admitido solamente en el efecto devolutivo, por ser verdaderamente executiva la causa y su sentencia, con tal que esté executada al tiempo en que sea requerido el Juez inferior, ó en el que se le conceda para ello: porque en estos casos, verificado el pago y satisfaccion, ha concluido su oficio el inferior, la parte está reintegrada, y no padece perjuicio alguno; y la que apeló excusa los gastos de la compulsa, minora los del correo ó conduccion en la parte que excede á los originales, como sucede comunmente, y adelanta el tiempo para la expedicion de la instancia, en lo que se interesa tambien la causa pública; y en consideracion á estos tan importantes fines proceden los tribunales superiores por todos los medios posibles para que se logren, conciliándolos con el interes de las partes contrarias, y que no se perjudiquen.

31 Si los autos son de crecido volumen, y la sentencia dada en ellos puede executarse, reservando el Juez inferior testimonio ó copia integra de ella, por contener cantidad cierta ó restitucion de cosas determinadas sin dependencia de los mismos autos, he visto mandar algunas veces que el Juez inferior reserve testimonio integro de la sentencia, y de alguna otra parte de los autos que sea necesaria y conducente para la execucion, y proceda en ella con estos documentos, remitiendo luego los autos originales.

32 Pero no concurriendo alguna particular circunstancia que excite la equidad á favorecer la parte que apeló sin perjudicar á las otras, se libra en este caso el despacho compulsorio y de emplazamiento, siguiendo el dictamen del Juez inferior sin embarazar el conocimiento que se reservó: porque como no se debe revocar su auto sin que vengan los originales ó por compulsa, tomando de ellos el conocimiento instructivo que corres-

pon-

ponde con audiencia de las partes, como se expondrá en lugar oportuno, ha de seguir entretanto el juicio del Juez inferior, que consta del testimonio que se presenta.

33 El que apela, de qualquier modo que le sea admitida la apelacion, lleva por único fin enmendar con la sentencia del superior el agravio que concibe haberle hecho el inferior en la suya, mejorando al mismo tiempo las alegaciones y probanzas que hubiese omitido en la primera instancia. Para llegar á este término ha de pasar necesariamente por otros subalternos que sirven de medio, como lo son presentarse ante el Juez superior, y acreditar con testimonio que le está admitida la apelacion, y que quiere seguirla. Si estos hechos, que son el principio en que manifiesta la intencion y deseo de continuar la apelacion, pendieran del arbitrio indefinido y absoluto de la parte que apeló, podria usar libremente de una dilacion sin límites hasta su muerte, haciendo ilusoria la sentencia con la duracion de la segunda instancia. Para ocurrir á estos inconvenientes, que traerian el mayor desórden y confusion á la república, se acordáron con razon todas las leyes en que el Juez inferior señalase á la parte que apela término competente para seguir su apelacion, y presentarse dentro de él al superior. Este auto ó providencia aparta del inferior el conocimiento y jurisdiccion de la causa, y la traslada al Juez superior con dos condiciones, que forman por su esencia una sola: la primera se reduce á que se haya de presentar al Juez superior, y la segunda á que lo execute dentro del término que le señala; y no verificándose estas dos condiciones, si pasa dicho término ántes de presentarse al superior, no tiene efecto la apelacion, y queda firme la sentencia del inferior, debiendo llevarla á efecto en uso de la jurisdiccion que tácitamente reservó para el caso de que la parte no cumpliese con las dos enunciadas condiciones.

34 Pruébanse estas proposiciones de la *ley* 5. *ff. de*

Condition. institution. ibi: *Si hæredi plures conditiones conjunctim datæ sint, omnibus parendum est: quia unius loco habentur: si disjunctim sint, cuilibet: ley 9. §. 1. de Verb. obligat.: ley 129. eod. tit.: ley 20. §. 6. ff. de Statuliber. ibi: Quod si tempus adjectum fuerit, illud spectabitur:* Rox. *de Incompatibil. disput. 1. §. 3. n. 74;* y Molin. *de Primog. lib. 3.*

35 La apelacion es un beneficio que concede la ley al que se siente agraviado de la sentencia del Juez inferior, y no se da contra su voluntad; y así como pende de ella en su principio para introducirla, tiene igual dependencia en su progreso para continuarla. El tiempo de los cinco dias que estan señalados para apelar manifiesta en su curso que las partes no se consideran agraviadas, ni quieren usar de la apelacion, aun quando lo estuviesen: porque á veces tendrán por mas ventajoso sufrir algun daño en la sentencia que hacer mayores gastos para enmendarlo en la segunda instancia, excusándose tambien de otras muchas incomodidades; y así como se manifiesta la voluntad de no querer apelar en el hecho de dexar pasar el término de los cinco dias, la misma se demuestra tambien quando la parte dexa correr el que le está señalado por el Juez ó por la ley para seguirla, y presentarse al superior. Esto procede de aquel seguro principio, que establece por regla los dos medios de explicar su voluntad con palabras ó con hechos, siendo estos aun mas expresivos, libres de corrupcion y soborno: *ley 32. ff. de Legib.* ibi: *Nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis, et factis?* Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 5. n. 9:* Castill. *lib. 2. cap. 4. n. 89.*

36 Quando el que apela no se presenta, ni sigue la apelacion en el término señalado, añade un desprecio á la misma ley y al tribunal superior, como lo indica Alexandro III. en el *cap. 4. de Appellation.* ibi: *Ad quam si venire contempserit;* y no merece despues gozar de otro algun auxilio que solicite, como á otro intento explicó Gregorio IX. en el *cap. 10. de Immunitat. Ecclesiar.* ibi:

Et

Et frustra legis auxilium invocet, qui committit in legem; y el *cap.* 1. *de Appell. in Sext.* ibi: *Justum est equidem, ut in eum jura insurgant, qui jus, et judicem, et partem illudit.*

37 Estas son las razones principales que tuviéron las leyes para declarar que si la parte que apeló no sigue su apelacion, presentándose al Juez superior dentro del término que le fué señalado por el inferior ó por la ley, se considera desierta y renunciada, quedando de consiguiente firme y valedera en todos sus efectos la sentencia.

38 La *ley* 23. *tit.* 23. *Part.* 3. "Seguir (dice) deve la »parte el alzada, quando la tomare, al plazo que le pu»siere el Judgador. E si por aventura el Juez non pusie»re plazo á que la siguiese, mandamos que sea tenudo »el que se alzó, de seguir el alzada fasta dos meses; é si »en este tiempo non la siguiere, finque el juicio, de que »se agravió, por firme. Otrosí decimos, que si la parte »que se alzó, no pareciese antel Juez del alzada al pla»zo que le fué puesto, ni siguiese el alzada por sí, nin »por su Personero, el juicio de que se alzó vala, é pe»che las costas á la otra parte, que pareció antel Jud»gador." La *ley* 24. *del prop. tit. y Part.* confirma esto mismo con aquellas palabras: "O siguiese el alzada des»pues que fuese pasado el tiempo á que la devia seguir, »si la otra parte fuere presente delante del Judgador del »alzada, puede decir contra él, que non deve ser oido, »é dévese cumplir la sentencia del primero Judgador, é »si la parte non estuviese delante, el Judgador de su »oficio puede decir eso mismo, si supiere ciertamente, »que se alzó en el tiempo que non deve, ó que queria »seguir el alzada despues que es pasado el tiempo á que »la devia seguir, el Judgador non lo deve oir." Lo mismo dispone la *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*

39 No hay diferencia alguna entre el término que señala la ley para apelar, ó el que se pone por el Juez, y en su defecto por la ley para presentarse, y seguir su apelacion ante el Juez superior: porque en los dos casos obra el mismo efecto de permitir el uso de su dere-

cho dentro del término, y prohibirlo fuera de él, quedando el Juez sin arbitrio para relaxar los efectos de estas disposiciones; pues proceden de las mismas leyes, que son superiores á los hombres.

40 Este antecedente es un presupuesto que forma regla segura en todos los artículos que tienen tiempo limitado por la ley; pues en la 1. *tit.* 6. *lib.* 4. *de la Rec.* se concede el de ochenta dias para hacer probanzas, y pasados no pueden executarlas; y en la 34. *tit.* 16. *Part.* 3. se dispone mas expresamente que si los plazos para probar fuesen pasados, no se deben despues recibir testigos; "salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien gelo puede recebir ante de las razones cerradas;" confirmándose con esta excepcion la regla indicada. En la *ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5. se señalan asimismo seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él, para usar en el Consejo del remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro; y pasado este tiempo no es admitido, aunque intente la restitucion *in integrum*; y la *ley* 2. *tit.* 17. *lib.* 4. permite decir de nulidad de las sentencias, haciéndolo dentro de sesenta dias, y dispone que no sean oidos despues.

41 El retracto, que conceden las *ley.* 7. *y* 8. *con otras del tit.* 11. *lib.* 5. *de la Rec.*, está limitado á nueve dias, y despues de ellos no se admite ni aun por el remedio de la restitucion. El remedio de la lesion en las ventas y contratos debe proponerse dentro de los quatro años contados desde el dia en que fueren hechos los contratos; y pasados no se admite, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 11. *lib.* 5. *ibi*: "Del dia que fueren hechos fasta en quatro años, y no despues."

42 La razon de todos los exemplares indicados es una misma, y ha de producir necesariamente igual efecto, y consiste en que dexando la parte correr el término que le concede la ley para usar de su accion, se presume que la renuncia, y queda desde aquel punto extinguida sin que le sea lícito reclamarla, habiendo abusado

do con desprecio del beneficio de las mismas leyes.

43 De estos antecedentes calificados sobre principios sólidos de derecho, se concluye para el artículo de que se trata en este capítulo, que no cumpliendo la parte con presentarse y seguir su apelacion ante el superior en el término que á este fin le señaló el Juez inferior, ó en su defecto en el de la ley, queda enteramente extinguida la facultad y accion de executarlo pasado dicho término, y constando de este hecho al Juez, aunque no haya excepcion ni contradiccion de la parte contraria, puede y debe estimar la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y proceder á su execucion sin riesgo de injusticia ni atentado.

44 La audiencia instructiva y sumaria, que precede por estilo y práctica de los tribunales á la declaracion y execucion de la cosa juzgada, se dirige únicamente á exâminar y probar el hecho de ser pasado el referido término, y no haber usado dentro de él de la apelacion por voluntad y consentimiento de la parte interesada, sin que haya estado legítimamente impedida, que es la excepcion que admite la regla, y por ella se confirma mas.

45 Como los enunciados términos llevan un fin de interes público, y extinguen en el momento que son pasados toda la accion y facultad de la parte, no puede revivir por consentimiento de las otras, ni perjudicar al interes de la causa pública en que los juicios tengan expedito su curso, y mas pronto el fin que se desea.

46 Este es el resumen de lo que disponen las leyes, y de las razones en que se fundan, sin entrar en la prolixa extension con que la tratan muchos autores, haciendo tan difusas alegaciones sobre este artículo que sin añadir cosa esencial producen una confusion inexplicable. La *ley* 23. *tit.* 23. *Part.* 3. dice en su principio lo siguiente: "Seguir deve la parte el alzada, quando la tomare, »al plazo que le pusiere el Judgador." Este es un precepto positivo que obliga á su cumplimiento. Lo mismo dis-

dispone acerca del término que señala la ley, quando no lo hace el Juzgador; y despues dice: "E si en este tiem»po non la siguiere, finque el juicio, de que se agravió, »por firme."

47 Esta disposicion es relativa á los dos casos anteriores, y los comprehende en una misma determinacion por la regla que con muchas autoridades indica Salgad. *de Supplicat. part. 2. cap. 30. §. 1. n. 9.* ibi: *Quia una determinatio respiciens plura determinabilia, debet ea pariformiter determinare*; y diciendo la ley que finque el juicio por firme sin exîgir otra circunstancia que la de ser pasado el plazo, hace evidente demostracion de que en este solo hecho recibe el juicio toda la firmeza y autoridad de cosa juzgada.

48 La *ley 24. del prop. tit. y Part.* trata específicamente de los dos tiempos, uno en que debia alzarse, y otro el señalado para seguirla. De estos dos términos dispone dicha ley con entera uniformidad, que es otra prueba de lo que se ha expuesto sobre ella anteriormente; pues en su principio une los dos tiempos en la forma siguiente: "En el tiempo de los plazos, que los omes han para »alzarse, é para seguir sus alzadas, tambien deven y ser »contados los dias feriados, como los otros." Esta es su primera disposicion uniforme á los dos plazos referidos.

49 Continúa la ley poniendo otros dos casos diferentes, y son: "Si alguno se alzase en tiempo que non lo »devia facer, ó siguiese el alzada despues que fuese pasa»do el tiempo á que la devia seguir." En la resolucion de la ley á estos dos casos dispone con la misma uniformidad lo siguiente: "Si la otra parte fuere presente delante del »Judgador del alzada, puede decir contra él, que non »deve ser oido, é dévese cumplir la sentencia del pri»mero Judgador." Dos observaciones conviene hacer en la primera parte de esta disposicion: una que determina con uniformidad los dos casos referidos, y otra que con solo indicar ó decir la una parte que el contrario no debe ser oido, se debe cumplir la sentencia del primer Juz-

Juzgador; demostrándose en esto que aquella sentencia tomaba la autoridad de cosa juzgada con el curso del tiempo para apelar, y para seguir la apelacion, tratándose despues únicamente del cumplimiento de esta sentencia, que es lo que corresponde á la parte que tiene accion efectiva y executiva en fuerza de un instrumento público, como lo es la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

50 Continúa la citada ley en su resolucion diciendo que "si la parte non estuviese delante, el Judgador »de su oficio puede decir eso mismo;" esto es, que no debe ser oido el que se alzó en tiempo que no lo debia hacer, ó queria seguir la alzada despues que fué pasado el tiempo á que la debia seguir, debiéndose cumplir con solo este oficio del Juez la sentencia del primer Juzgador.

51 ¿Qué prueba mas clara de que los que intentan apelar, ó seguir la apelacion fuera de los tiempos señalados, tienen enteramente extinguida toda su accion y facultad para suspender los efectos de la sentencia dada, y para reponer los que ella ha tomado y producido desde el punto en que son pasados dichos plazos? Por este notorio defecto de accion y derecho, y por el supuesto de haber pasado la sentencia en autoridad de cosa juzgada, permite la ley que el Juez no oiga á las partes que vienen despues de aquellos plazos.

52 En la tercera de las partes en que está distribuida la resolucion de la citada *ley* 24, se demuestra aun mas abiertamente la verdad de estas proposiciones; pues con respecto al Juzgador dice que "si supiere ciertamen»te, que se alzó en el tiempo que non deve, ó que que»ria seguir el alzada despues que es pasado el tiempo á »que la devia seguir, el Judgador non lo deve oir."

53 En la segunda parte que ya se ha referido, parecia que dexaba al arbitrio del Juzgador repeler de oficio la intencion de la parte que apelaba, ó queria seguir la apelacion fuera de los respectivos plazos señalados, pues se explica con la palabra "puede decir;" pero en esta terce-

ra

ra se impone positiva obligacion de que "el Juzgador non »lo deve oir."

54 Concluye la ley con una excepcion de la regla insinuada, y se reduce á que haya pasado el tiempo en que el apelante debia seguir la alzada, porque el Juzgador no pudiese, ó no quisiese oirle; que es decir, que al impedido no le corre el tiempo, de manera que bien reflexionada no es limitacion de la regla sino declaracion del hecho precedente en que se funda, viniendo por este medio á confirmarla, pues dice que si está dentro del plazo, porque como á impedido no le ha corrido, puede interponer la apelacion ó seguirla.

55 La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. dispone que de la sentencia que diere el Juez, "aquel que se tuviere por agra»viado, pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que »fuere dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y vinie»re á su noticia; y si así no lo ficiere, que dende en »adelante la sentencia, ó mandamiento quede firme."

56 La *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* habla de los plazos señalados para seguir la alzada, y previene que pasados sin haberse presentado la parte ante el Juez de las alzadas, quede firme la sentencia, y no sea oido. Los *cap.* 4. *y* 5. *ext. de Appellat.* confirman la enunciada disposicion, concluyéndose por todas las referidas que solo el tiempo señalado para interponer la apelacion ó seguirla tiene el efecto de interpelar á la parte, y constituirla en morosidad y contumacia; y procede tambien el de probar y manifestar que no quiere usar del beneficio de la apelacion en su ingreso ni en su continuacion; y que se conforma con la sentencia, y consiente que se execute por no considerarse agraviado en ella.

57 Todas estas son conseqüencias necesarias de la omision ó inaccion en el uso de la apelacion ó en su progreso, y no hay que esperar otras insinuaciones ni audiencias sobre unos hechos que aparecen como notorios de los mismos autos. La declaracion que piden las partes, y manda hacer el Juez por estilo y práctica de los

los tribunales de ser pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, hace otra prueba mas relevante de que la sentencia tenia en sí misma todo el valor y efectos de la cosa juzgada por haberlos recibido desde el punto en que pasó el tiempo de apelar, ó de seguir la apelacion; pues sin esta precedente autoridad no habia término para declararla.

58 Puede tambien el Juez proceder á la execucion de la sentencia por el conocimiento de haber pasado en autoridad de cosa juzgada sin hacer esta prévia y efectiva declaracion; pues le basta estar instruido y asegurado en el órden de su entendimiento de que la sentencia ha recibido la fuerza de cosa juzgada por el consentimiento de las partes que no apeláron, ó no siguiéron la apelacion, reduciendo el pronunciamiento á mandar sobre aquel supuesto que se guarde y cumpla la sentencia, y se lleve á debida execucion.

59 Esta doctrina, que es de Scacia en su tratado *de Appellationib. q.* 11. *art.* 5. *nn.* 148. *y* 149. y en el *art.* 7. *n.* 167, puede fundarse en mas sólidos principios, y demostrarse con exemplos de mas estrechas y apuradas circunstancias: uno de ellos se presenta en el recurso de fuerza de no otorgar; pues debiendo el tribunal Real, para declarar si la hace ó no el Juez eclesiástico, tomar conocimiento, y asegurarse bien por los hechos del mismo proceso original, obrado ante el Juez eclesiástico, de la naturaleza y calidad de la causa, formando cabal juicio de si la apelacion era legítima, y debia admitirse, ó de si procedió justamente el Eclesiástico repeliéndola, suprime todos estos pronunciamientos reduciéndolos á declarar si hace ó no fuerza, y alzándola mandar que otorgue la apelacion, y reponga lo que despues de ella hubiere hecho.

60 Esto es lo que literalmente se dispone en la *ley* 36. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Rec. ibi:* "Y si el Juez Eclesiástico no »la otorgare, manden traer á las dichas nuestras Audien»cias el proceso Eclesiástico originalmente, el qual traido,

»sin dilacion lo vean; y si por él les constare que la ape-»lacion está legitimamente interpuesta, alzando la fuer-»za, provean que el tal Juez la otorgue, porque las par-»tes puedan seguir su justicia ante quien, y como devan, »y reponga lo que despues de ella uviere hecho."

61 Ello es cierto que para llegar al juicio, que deben formar los tribunales Reales, de que la apelacion es legítima, y de que contiene violencia su denegacion, es necesario examinar algunas dudas de derecho, y decidirlas por los cánones y las leyes en el dictámen de los Jueces Reales; y por tanto parecia que tomaban parte en el conocimiento de la justicia del auto dado por el Juez eclesiástico. Pero ocurriendo á este reparo que indicaban algunos autores, los satisface cumplidamente Salgádo *de Reg. part.* 1. *cap.* 1. *prælud.* 5. *à n.* 211. y en el *cap.* 2. *à n.* 132; y con mayor claridad se explica en este punto Pereyra *de Manu reg. cap.* 4. *n.* 8, asegurando los dos que el exámen y conocimiento de la naturaleza y justicia del auto del Eclesiástico no viene en la decision, ni causa derecho con respecto á las partes que litigan, sirviendo solamente al tribunal Real de un supuesto instructivo, con que procede á declarar con seguridad la fuerza, que es el objeto de aquel recurso.

62 En resumen viene á decir el tribunal Real que declara la fuerza del Eclesiástico, porque la apelacion que habia denegado era legítima, y debió admitirla; y como no es necesario ni conveniente expresar las causas y motivos en que se funde el auto y sentencia, quedando reservadas en el dictámen y juicio de los Jueces, pueden omitirlas, y proceder derechamente á pronunciar y determinar lo que por conseqüencia de aquellos antecedentes estimaren justo.

63 La excepcion ó artículo del juicio sumario de la manutencion de posesion suspende los plenarios posesorios y de propiedad, y forma un órden legal para que se declare primero el sumarísimo, cuya interrupcion produciria notoria injusticia conforme á la doctrina de Posth.

de

de Manuten. observat. 7. con otros muchos que refiere; y procediendo el Juez con algunos actos que correspondan á los juicios plenarios, se entiende despreciado el sumarísimo con igual efecto que si hubiera declarado expresamente no haber lugar á él: porque es un supuesto necesario en que se funda lo dispositivo de la providencia.

64 Las sentencias, que han recibido la fuerza y autoridad de cosa juzgada, son executivas, como se dispone en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4, así como lo son las escrituras públicas de que hablan tambien la misma ley y la siguiente; y teniendo alguna de las partes á su favor la sentencia de que no se apeló en tiempo, ó no se siguió en los plazos señalados, la considera con positiva naturaleza executiva, y usa de ella para este fin del mismo modo que lo hace de un instrumento público, que contiene expresa obligacion á su favor. En virtud de este instrumento manda el Juez despachar la execucion, porque le considera con este efecto, sin que sea necesario declarar previamente que es executivo, pues lo supone el mandamiento de execucion; y del mismo modo puede proceder con vista de la sentencia que tiene en los autos con autoridad de cosa juzgada, por habérsela dado el curso del tiempo dentro del qual ó no apelo, ó no siguió la apelacion; viniendo en fuerza de todo á concluirse que la providencia del Juez tanto influye en lo dispositivo que expresa, como en el supuesto en que se funda, segun la doctrina de Salgado con otros que refiere *part.* 2. *de Reg. cap.* 16. *n.* 73.

65 La sentencia que en esta parte se ha fundado es en todo conforme á derecho; esto es, que la dada por el Juez, si no se apeló en tiempo de ella, ó no se siguió en los plazos señalados, recibe toda la fuerza de cosa juzgada con solo el curso del tiempo, y que sin hacer esta prévia declaracion puede el Juez mandarla executar sin preceder audiencia de las partes; pues quando la que apelo, ó pudo apelar, quiera proponer la excepcion de ha-

haber estado legítimamente impedida para no poder apelar, ó seguir su apelacion, ó quiera usar del auxîlio de la restitucion *in integrum* para reponerse en el tiempo en que pudo y debió hacerlo, no se la priva usar de estas excepciones, aunque se haya mandado executar la sentencia, pues si las probare, se repone todo lo obrado por el Juez, dexando expedito el derecho de las partes para interponer la apelacion ó seguirla.

66 Pero como es mas conveniente y decoroso no exponer las providencias judiciales á que se repongan y deshagan, quando esto se puede precaver oyendo breve y sumariamente á la parte que apeló, á fin de que proponga si estuvo impedida para seguir la apelacion, ó para no interponerla en tiempo, usan comunmente los tribunales de este medio; y aun quando se pretenda en alguno de los casos referidos que el Juez declare la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y la mande llevar á pura y debida execucion, se confiere traslado á la otra parte por el término ordinario; y si dentro de él no expusiese, ni justificase causa legítima, que impidiese el curso del tiempo de la apelacion ó su seguimiento, procede el Juez con este mayor y mas seguro conocimiento á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la manda guardar, cumplir y executar en todas las partes que contiene.

67 Con esta explicacion se entienden bien, y pueden tener lugar las dos sentencias opuestas que forman los autores en este artículo: una es de Salgado con otros que refiere en la *part.* 3. *de Reg. cap.* 18. *n.* 73, en donde dice que para declarar por desierta la apelacion, debe preceder audiencia y conocimiento sumario con citacion de las partes, á fin que expongan las causas legítimas que tengan para que no se considere desierta la apelacion, ni se proceda de consiguiente á la execucion de la sentencia, recayendo sobre este juicio instructivo y sumario el auto del Juez en que mande executarla, sin que entónces sea necesario declararla por pasada en autoridad de

de cosa juzgada, porque esto se incluye en el mismo auto como un supuesto necesario.

68 Lanceloto, *de Attentat. part. 2. cap. 12. n. 38. y siguientes*, es de contraria opinion, estimando que para declarar desierta la apelacion, y executar la sentencia, no es necesaria citacion y audiencia de las partes, y afirma tambien que se puede omitir la declaracion de estar desierta la apelacion, mandando derechamente executar la sentencia; á cuyo propósito refiere muchos autores en confirmacion de su opinion.

69 De este auto por el qual se manda executar la sentencia, ya se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, ya se suponga segun los casos referidos, no se admite apelacion, como lo funda Salgado *de Reg. parte 3. cap. 18. n. 86*, refiriendo las disposiciones y autores que confirman la misma opinion sin embargo de la contraria, que admitiéron otros que cita en el mismo lugar *núm. 85.*

70 Una de las cosas que mas conviene exâminar ántes de proponer alguna instancia, es el Juez ante quien se ha de introducir para no exponerse á que por falta de jurisdiccion caigan en nulidad sus procedimientos, haciéndose ilusorios con gran daño de las mismas partes y del público. Con este fin han tratado seriamente los autores del Juez que puede declarar la apelacion por desierta, y mandar executar la sentencia por la autoridad de cosa juzgada que recibe; cuyo punto ventiláron Salgado *de Reg. part. 3. cap. 18. n. 69*: Scacia *de Appellat. q. 11. art. 5*: Parlador. *Rer. quotidianar. part. 1. lib. 2. cap. últ. num. 6*: Aceved. *in leg. 2. tit. 18. lib. 4. n. 40*; y Pareja *de Instrum. edition. tit. 3. resol. 2. n. 79.*

71 Todos estos autores proceden distinguiendo los casos en que puede tener lugar la execucion de la sentencia por la desercion de la apelacion; y para que se entiendan con mayor claridad, habida consideracion al estilo y práctica de los tribunales, sin perder de vista los principios que se han expuesto en este capítulo, se es-

establecen ciertas reglas que se explicarán ahora.

72 En el caso que no se haya apelado de la sentencia dentro de los cinco dias señalados por la ley, el Juez que la dió la manda executar, instruyéndose por los mismos autos, que estan en su mano, del tiempo en que fué dada y notificada la sentencia, y de ser pasado el de los cinco dias sin haber interpuesto apelacion; observándose para tomar esta providencia lo que se ha advertido por regla general; esto es, que comunique traslado á las partes del escrito en que se pretenda la execucion de la sentencia por no haberse apelado en tiempo, oyendo breve y sumariamente las causas de legítimo impedimento, ú otras justas con que se intente persuadir no ser pasado, siguiendo en esto la práctica y estilo de los tribunales; pero si el Juez mandase sin este prévio juicio llevar á efecto su sentencia, quedará reservada á las otras partes la facultad de proponer las excepciones que impidan su execucion en la forma, que anteriormente se ha referido.

73 Si la apelacion se interpusiese en tiempo y forma, y admitida se diese á la parte el testimonio correspondiente para presentarse y seguirla ante el Juez superior, forma el segundo tiempo, que es el que á este fin le señala el Juez de la primera instancia, ó el que prescribe la citada *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4; y si la parte fuese tan omisa que no cumpliese con esta condicion en el referido término, indica que se ha retraido de la apelacion, y que no quiere seguirla; y á fin de evitar el perjuicio que causaria con esta dilacion á la parte que interesa en la execucion de la sentencia, puede esta usar de su accion pidiendo al Juez inferior que declare la apelacion por desierta, y la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandándola llevar á efecto y execucion; y constando á dicho Juez que la parte que apeló no habia seguido la apelacion en el término señalado, presentándose con el testimonio ante el Juez superior, tiene expedita su jurisdiccion para executar su sentencia, que es-

ta-

taba como suspendida y pendiente de aquella condicion simultánea de presentarse al superior en el término señalado, cuyo transcurso hacia ya imposible su cumplimiento, y por tanto quedaba purificada la sentencia en todo su efecto.

74. Pero como estos hechos no podian resultar tan notoriamente de los autos obrados ante el Juez inferior, debe estarse con mayor necesidad á la práctica de oir á la parte apelante para que en tiempo conveniente exponga breve y sumariamente si se presentó como debia al Juez superior, y caso que no lo hiciese si fué por algun justo impedimento, de manera que conserve la intencion y deseo de continuar su apelacion, y acredite que no la ha renunciado, ni despreciado este beneficio y auxìlio de la ley; pues así faltará el supuesto sobre que se procede á declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y á mandarla executar.

75 El que interpone apelacion en el tiempo señalado da principio cierto al agravio que concibe en la sentencia, y manifiesta el fin de quererlo enmendar por medio de la apelacion; y como no se presuma que mude de voluntad, es necesario para convencerla que la parte que se funda en ella la acredite plenamente, uniendo al hecho de ser pasado el tiempo el de no haberse presentado dentro de él al Juez superior; y esta es otra causa que pide la audiencia de la parte que apeló, para proceder con este conocimiento en el juicio sumarísimo instructivo á declarar por desierta la apelacion, y la sentencia con autoridad de cosa juzgada, mandándola executar en todo lo que contiene.

76 Si por este juicio instructivo resultase que usó de la apelacion presentándose con el testimonio de ella al Juez superior, ya lo hiciese en el término señalado por el inferior ó por la ley, queda sin jurisdiccion el Juez que dió la sentencia, y no puede declarar por desierta la apelacion, sino que corresponde al superior el conocimiento de este artículo y su determinacion.

77 Verificada la presentacion con el testimonio en el

el tribunal superior, y librada la provision ordinaria para emplazar las partes, y que se remitan los autos originales en el término que señala el Juez superior, continúa la suspension de la sentencia, y podria la parte que apeló aprovecharse de su dilacion y malicia, no cumpliendo en el término señalado con hacer emplazar á las partes, y solicitar que el escribano remita los autos originales, que son los dos extremos de la provision; y este es el tercer tiempo en que la parte que apeló indica con su inaccion y morosidad que quiere apartarse de la apelacion, y que usó de ella con malicia en perjuicio de la parte favorecida en la sentencia. Para ocurrir á estos daños puede la parte apelada solicitar ante el Juez superior que atendidas estas circunstancias declare por desierta la apelacion, para que en su conseqüencia pueda el Juez inferior llevarla á su debida execucion.

78 En este caso procede la regla que se ha insinuado antecedentemente de comunicar traslado á la parte apelante para que exponga y acredite si el no haber cumplido con la presentacion del proceso y emplazamiento de las otras partes en el término señalado procede de algun impedimento que no ha podido remover, ó de su punible morosidad y malicia; y con este exámen instructivo se declara segun las circunstancias ocurridas si tiene lugar la desercion de la apelacion, ó conserva el tiempo en que puede cumplir con la remision del proceso y emplazamiento de las partes.

79 Algunas veces señalan los Jueces superiores en el caso referido nuevo término para que dentro de él cumpla la parte que apeló con la presentacion del proceso y emplazamiento, apercibiéndola que en su defecto se declarará por desierta la apelacion.

80 Este es un medio equivalente al primero; pues si en este nuevo término manifestase la parte que no la ha corrido el anterior por estar legitimamente impedida, no tiene lugar la desercion de la apelacion; pero si dexase pasar dicho nuevo término sin cumplir con la

la presentacion del proceso y emplazamiento, ni proponer ó probar algun justo impedimento, manifiesta con este hecho que no quiere seguir la apelacion, y dexa expedita la sentencia á favor de la otra parte, como si desde el principio no la hubiera interpuesto, y entónces ha de declararse la apelacion por desierta, y darse testimonio de esta providencia á la parte apelada para que use de él ante el Juez inferior, y solicite la execucion de su sentencia.

81 Traidos los autos originales ó por compulsa segun la calidad de la apelacion, y presentados al Juez que ha de conocer de ella con la citacion y emplazamiento de las partes que litigan, queda desde entónces mas suspendida la jurisdiccion del Juez inferior, y del todo inhibido con la remision de los autos originales para proceder á la execucion de su sentencia, la qual continuaria pendiente y sin efecto al arbitrio del que se interesaba en su dilacion, si no se proveyese de oportuno remedio para evitar el daño de la parte, á cuyo favor está dada, y asimismo el que resultaria á la causa pública.

82 Por estas consideraciones se acordáron las leyes y los cánones en señalar el término de un año para seguir y acabar la instancia de apelacion ante el superior. La *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* dice lo siguiente: "Al»zándose alguno de la sentencia, que fuere dada contra »él, sea tenudo de la seguir, y acabar por manera que »sea librado el pleyto dende el dia que se alzare de la »sentencia hasta un año; y si no lo hiciere, que finque »la sentencia firme, y valedera."

83 Esta ley se trasladó de la 3. *tit.* 16. *lib.* 3. *del Ordenamiento Real.* En las *Partidas* no he hallado ley alguna que disponga de este caso, ni haga memoria de este quarto plazo para acabar la instancia de apelacion, lo que tal vez procederia de que siendo la enunciada ley del *Ordenamiento* publicada al mismo tiempo y en el propio año que lo fuéron las de *Partida* por el Señor Rey Don Alonso, pareceria superfluo á este sabio legislador repetirla en el cuerpo de éstas.

84 La *ley* 5. §. 2. *Cod. de Temporib. et reparationib. appellat.*, la *Autént. Ei qui appellat, del propio título*, el *cap.* 5. *ext. de Appellat.* y la *Clement.* 3. *eod. tit.* convienen con el señalamiento del año para acabar la instancia de la apelacion, y en esto no puede suscitarse duda alguna racional por los autores, pues todos siguen con uniformidad estas disposiciones en su letra y en su espíritu, como se observa en los que refiere Gonz. al *cap.* 5. *de Appellation.*: Aceved. *á la citada ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *versic. Hasta un año*: Diego Perez *en la del Ordenamiento versic. Fasta un año*; y Menchaca *de Succession. creat. lib.* 1. §. 7. *n.* 40. *vers. Stat ergo.*

85 Este año corre y se cuenta desde el dia en que se apeló de la sentencia, y dentro de él se han de hacer todas las prévias diligencias que se han referido hasta llevar los autos al tribunal del Juez superior citadas las partes, y acabar con su audiencia aquella instancia, como se expresa literalmente en la citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "Dende el dia que se alzare de la sentencia hasta un »año:" *ley* 3. *tit.* 16. *lib.* 3. *del Ordenam.*: *aut.* 6. *tit.* 14. *lib.* 2. *ibi*: "Y presentados dentro de un año, contado »desde el dia, que uviesen apelado, sigan las causas, y »alegen agravios de las sentencias dadas contra ellos, y »las hagan poner en poder del Fiscal, para que los pley»tos se fenezcan :::: con apercibimiento, que no lo cum»pliendo pasado el año, se embiará á executar, y cobrar »de ellos las condenaciones:" *Clement.* 3. *de Appellation.* ibi: *Sicut appellationem judicialem, sic et extrajudicialem intra annum, à die interpositionis ipsius, vel à die illati gravaminis, ubi à futuro gravamine appellatur, prosequi, et finire tenetur appellans.*

86 Confírmase esta sentencia por lo dispuesto en la *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4, la qual señala el término de treinta dias para que en las causas de menor quantía la parte, que se agraviare de la sentencia, siga su apelacion "ante »el Concejo, Justicia y Oficiales de la Ciudad de la juris»diccion, donde el Juez dió la sentencia, en los Lugares y »par-

»partes, dó las apelaciones acostumbran ir al Regimien-»to;" y estos treinta dias dice la ley que corren desde el dia en que se puede apelar y presentar.

87 El santo Concilio de Trento en el *cap.* 20. *ses.* 24. *de Reformat.* dispone entre otras cosas que los Jueces ordinarios, que deben conocer de las causas en primera instancia, las acaben dentro de dos años contados desde el dia de la demanda: ibi: *Infra biennium à die motæ litis terminentur*; conviniendo todas las referidas disposiciones en que el principio del término, que se concede para seguir y acabar las instancias, se toma del mismo dia en que éstas se empiezan.

88 No estan tan expresivas las leyes y los cánones en el fin del referido término, y así puede dudarse con fundamento si ha de ser la conclusion ó sentencia de manera que cumpla la parte que apeló con poner la causa dentro del año conclusa, y en estado de que el Juez pueda dar sentencia, sin que perjudique su retardacion al derecho de las partes, ni se entienda desierta la apelacion, ni pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada; ó si es necesario que se acabe la instancia de apelacion con la sentencia difinitiva dentro del año, ó en su defecto se entienda desierta la apelacion, y la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada.

89 Las leyes señalan términos á los que litigan para ocurrir á que por su malicia ó negligencia se dilaten los pleytos en gran daño de las partes y de la causa pública. La parte que apela llena todos sus oficios presentándose con el proceso ante el Juez superior, y expresando los agravios que contiene la sentencia del inferior para que la enmiende y mejore, si los hallare probados en la causa, ó los probare en la segunda instancia. Estas son las partes y pretensiones que explica la que apeló con vista de los autos en su primer escrito; y quando concluye viene á decir al Juez que ha cerrado todas sus razones y defensas, y que le estimula y requiere á que cumpla con su oficio acabando el pleyto con su sentencia en el término

y del modo que mandan las leyes. Los que solicitan con tanta diligencia poner fin al pleyto, hacen obsequio á la ley siguiendo la letra y el espíritu de sus disposiciones, que en todo se dirigen á la brevedad.

90 El referido término de un año comprehende las partes que estan señaladas, desde el punto de la apelacion, para presentarse con su testimonio al superior, y para llevar á su tribunal los autos. En estos dos tiempos ni hay malicia ni motivo de considerar desierta la apelacion, quando la parte que apeló cumple exâctamente en el tiempo oportuno con los fines para que se concede, y es consiguiente que se estime del mismo modo en la tercera parte que completa el término señalado á la que apela para que exponga y justifique su derecho.

91 En lo antiguo solo disponian las leyes lo conveniente al tiempo, dentro del qual podia y debia apelarse, y presentarse con el proceso ante el Juez superior. En este punto descansaban las leyes, y en el mismo lograba la parte suspender la execucion de la sentencia, y aprovecharse de su dilacion y malicia: porque el Juez inferior no tenia jurisdiccion para executarla, y quedaba inhibido con la remision de los autos al superior; y éste no procedia en su instancia quando la desamparaba la parte que apeló, y la embarazaba con su ausencia y ocultacion.

92 Para este caso no habian tomado las leyes providencia positiva, en que declarasen por desierta la apelacion y por firme la sentencia. Así lo refiere la *Nov.* 49. *en su principio*: *De his qui ingrediuntur ad appellationem*; y al mismo tiempo asegura que para corregir la malicia referida se habia determinado, segun consta de la *ley última §.* 4. *Cod. de Temporib. appellation.*, que si dentro de un año no acabase el juicio y causa, careciese de la apelacion, quedando firme la sentencia que contra él se habia dado, y llevándola á debido efecto, como si desde el principio no se hubiera apelado.

93 Por estas disposiciones se manifiesta que el señala-

lamiento del año se dirigió precisamente á contener y corregir los perniciosos fraudes de que usaban los que apelaban, abandonando la instancia luego que con la remision del proceso al Juez superior estaban seguros de no poder executarse la sentencia que contra ellos se habia dado; y así no puede extenderse aquella disposicion á los que con diligencia continúan su apelacion, y manifiestan el deseo de que se acabe la instancia con la sentencia del Juez, concluyendo á este fin, que es quanto estaba de su parte; y si tuviese el mismo efecto con el que abandona la instancia de apelacion, y el que la continúa con actividad hasta su conclusion, seria disonante la ley, y se extenderia con violencia á un caso muy diverso en todas sus circunstancias del que la motivó.

94 En la *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* se dispone que las causas de cierta quantía vayan por apelacion al concejo, habiendo costumbre, y que el Juez que dió la sentencia, con los dos diputados que nombre el concejo, las determinen; y sobre este supuesto ordena, "que »ante ellos el apelante sea tenudo de concluir el pleyto, »y ante el mismo Escrivano, dentro de treinta dias den»de el dia, que pasare el quinto dia, en que se pudo ape»lar, y presentar; y despues dentro de otros diez dias »primeros siguientes, los dichos tres Alcaldes diputados, »ó los dos de ellos, si los tres no se conformaren, den, »y pronuncien sentencia en el dicho pleyto."

95 Los treinta dias de que habla la citada *ley* 7, y el año de que se trata en las que tambien se han referido, tienen el mismo objeto respecto del apelante, acomodándose el mas ó ménos tiempo al que consideran suficiente para acabar las diligencias que son de su encargo; y reduciéndose las que se imponen en la citada *ley* 7 á "que el apelante sea tenudo de concluir el pleyto," parece debe ser lo mismo en el que sigue la apelacion en otro tribunal con el señalamiento de un año.

96 La distribucion con que procede la enunciada *ley* 7. en el señalamiento de los dos términos, uno de trein-

treinta dias para que el apelante concluya el pleyto, y otro de diez para que los Jueces den y pronuncien sentencia, forman otro argumento muy poderoso en la independencia de los dos enunciados cargos.

97 Si los Jueces no cumplen con su deber en el plazo que les señala la ley, responderán de su morosidad y culpa; y no seria justo que ésta se imputase á la parte que apeló, debiendo ceñirse á sus autores; ni el hecho de los Jueces haria que caducase el derecho de las partes, que habian cumplido exâctamente con las diligencias de su cargo.

98 Quando no interponen la apelacion en el término de los cinco dias, ó no la siguen en los dos plazos sucesivos de presentarse al Juez superior, y llevar los autos á su tribunal, se deduce de esta omision el ánimo de apartarse de la apelacion, y renunciar el derecho de continuarla; y esta positiva presuncion motiva principalmente la declaracion de estar desierta. ¿Pues cómo podrá inducirse la misma conseqüencia de la diligencia y actividad que ponen las partes en continuar la apelacion por todos sus trámites hasta concluir la causa, y ponerla en manos del Juez para que la determine?

99 Los términos que las leyes señalan para el órden, curso y determinacion de las primeras instancias, llevan el mismo fin de la brevedad, precaviendo y atajando las dilaciones, que con malicia promueven las partes. La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. señala dos plazos al Juez para dar sentencia, uno de seis dias en las interlocutorias, y otro de veinte en las difinitivas, que empiezan á correr desde que fueren las razones cerradas en el pleyto; y aquí se observa otra distribucion de plazos entre las partes hasta cerrar las razones y concluir en la causa, que es lo mismo, y el Juez para dar la sentencia; y así como la morosidad ó malicia de las partes en dilatar y no concluir el pleyto no perjudica al Juez por no haber llegado el tiempo de su obligacion, del mismo modo se arguye que la morosidad de los Jueces no puede causar perjuicio á las

las partes que con anticipacion llenáron sus oficios, concluyendo sus razones y defensas.

100 En la citada *ley* 7. se presenta otra demostracion del pensamiento insinuado en aquellas palabras; "Y »si la parte, que se sintiere agraviada, no hiciere sus di»ligencias, por manera que dentro de los dichos diez dias »se pueda ver, y determinar el pleyto: mandamos que »dende adelante la sentencia quede firme, y pasada en »cosa juzgada."

101 Si la desercion de la apelacion, que es el supuesto sobre que procede la cosa juzgada, se fixa al caso en que la parte que apeló no hace las diligencias para que el pleyto esté concluso ántes de los diez dias, en que los Jueces deben dar su sentencia; por el contrario cumpliendo con lo que dispone la ley de concluir la causa ántes de los diez dias, no se entenderá desierta la apelacion, ni la sentencia pasada en cosa juzgada, aunque los Jueces no den su sentencia en los diez dias señalados.

102 La enunciada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4, que es la capital de esta materia, dice á su final lo siguiente: "Y si »por culpa del Juez fincare de lo librar, pague las cos»tas, y daños á las partes." En esto se prueba que la omision del Juez no perjudica á las partes, ni hace que la apelacion quede desierta, y la sentencia pase en autoridad de cosa juzgada.

103 La opinion contraria reducida á que la parte que apela debe acabar el juicio con la sentencia del Juez dentro del año, que señalan las leyes para estas instancias, sin que le baste seguirla hasta la conclusion, parece mas probable y fundada: porque la citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. dispone literalmente que "alzándose alguno de la »sentencia que fuere dada contra él, sea tenudo de la »seguir, y acabar, por manera que sea librado el pley»to dende el dia que se alzare de la sentencia hasta un »año."

104 Proseguir y acabar son dos actos diversos, el primero se completa en la conclusion, y el segundo por la

la sentencia del Juez; pues con ella se acaba y queda librado el pleyto, que son las dos partes que considera la ley por una misma, y del cargo y obligacion de la parte que apela.

105 Esta inteligencia se presenta en la *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3, pues llama juicio afinado al que da el Judgador entre las partes derechamente, de que no se alce ninguna de ellas, y en la *ley* 2. *del prop. tit. y Part.*

106 En el caso que el apelante no siga, ni acabe la apelacion, por manera que sea librado el pleyto dentro del año, declara la citada *ley* 11. por firme y valedera la sentencia, "salvo si oviere embargo derecho, porque no »le pueda seguir, ni librar;" y esta excepcion de la regla comprehende igualmente las dos partes indicadas, como obligacion individua y simultánea del apelante, de la qual solo se excusará probando legítimo impedimento. Concluye al fin la misma ley, diciendo: "Y si por cul»pa del Juez fincare de lo librar, pague las costas, y da»ños á las partes."

107 Dos observaciones se presentan en la letra de esta disposicion: una que el librar el pleyto es acabarlo por la sentencia difinitiva, y corresponde al Juez; y otra que si no lo librare por su culpa, debe pagar las costas y daños á las partes.

108 Para que el Juez caiga en morosidad y culpa de no librar el pleyto debe ser instado y requerido para que dé sentencia en el término que le señalan las leyes, y si no obstante continuase en su negligencia, debe reclamarla la parte apelante recurriendo al superior, y haciendo todas las diligencias posibles para que se acabe el pleyto, y se libre por la sentencia dentro de un año, con cuyos oficios cumplirá sus obligaciones, y preservará su derecho en que la apelacion no se estime desierta, ni la sentencia pase en cosa juzgada.

109 La *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 4. dispone que desde que fueren las razones cerradas en el pleyto para dar sentencia interlocutoria ó difinitiva, el Juez dé y pronuncie,

á

á pedimento de parte, la sentencia interlocutoria hasta seis dias, y la difinitiva hasta veinte dias; de manera que para que el Juez incurra en morosidad es necesario que la parte inste, y pida que dé la sentencia.

110 La *ley* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. ordena que los Jueces determinên la causa dentro de diez dias despues de pasados los treinta sopena de diez mil maravedis y las costas para la parte que sobre ello le requiriere. Continúa la misma ley, y se explica de un modo tan claro y expresivo que no dexa que dudar en la proposicion antecedente, pues dice: que "si la parte, que se sintiere »agraviada, no hiciere sus diligencias, por manera que »dentro de los dichos diez dias se pueda ver, y determi»nar el pleyto:::: que dende en adelante la sentencia que»de firme, y pasada en cosa juzgada."

111 La *ley* 2. *del propio tit. y lib.* dispone lo conveniente acerca de los plazos en que deben seguir la apelacion "contados desde el dia que le fuere otorgada; y »esos mismos plazos, *dice*, aya el apelante para se que»rellar del Juez, sino le quisiere otorgar el alzada; y si »en este tiempo no lo quisiere seguir, ó no se querellare, »como dicho es, finque firme el juicio, de que se alzan »en estos plazos, que dichos son.

112 La *ley* 5. §. 4. *Cod. de Temporib. appellation.* es la originaria de donde se tomáron las posteriores referidas; pues en ella se estableció que la apelacion se acabase dentro de un año contado desde su otorgamiento: que probado legítimo impedimento se concediese otro año; y que si dentro de él no se acabase y librase el pleyto, quedase desierta la apelacion pasando la sentencia en autoridad de cosa juzgada, y da la razon la misma ley, *ibi*: *Cum ei sit apertissima facultas, et nostram adire majestatem, et tarditatem judicis in quærelam deducere, et nostro beneficio perpotiri.*

113 *La Clementin.* 3. *de Appellationib.* admite y ratifica las enunciadas disposiciones de que se acabe la apelacion dentro de un año, imponiendo al apelante la obli-

gacion de seguirla y acabarla : *ibi : Prosequi , et finire tenetur appellans. Quod si justo impedimento cessante non fecerit , debebit ejus appellatio deserta censeri.* Y como no debe considerarse justo impedimento el que puede remover la parte con su instancia y reclamacion , querellándose del Juez , y recurriendo en caso necesario al superior ; no haciendo estas diligencias la parte que apela, se constituye en morosidad , y manifiesta la voluntad de dilatar y detener la causa maliciosamente.

114 Por todas las leyes y autoridades referidas se demuestra y convence que la parte que apela no satisface su obligacion , siguiendo la apelacion hasta la conclusion del pleyto , sino que tambien es de su cargo instar y requerir al Juez para que lo acabe en tiempo oportuno con su sentencia , reclamando su morosidad , y querellándose de ella ante el Juez superior ; pues no haciendo estas eficaces diligencias se entiende que condesciende , y es cómplice en la negligencia del Juez , y debe sufrir los efectos de la desercion de la apelacion , y que la sentencia se execute como pasada en autoridad de cosa juzgada. Scac. *de Appell. q.* 15. *art.* 9. *n.* 181 , con otros muchos autores que allí refiere , forma esta última opinion , aunque no la funda en las leyes y autoridades que van explicadas.

115 Puede dudarse con algun fundamento si el término de un año señalado para seguir y acabar la apelacion puede suspenderse ó prorogarse por convencion expresa ó tácita de las partes que litigan. Menchaca y otros, que refiere en el *lib.* 1. §. 7. *de Succession. creat. n.* 39. *vers. Stat ergo*, dicen que no , y que procede esta opinion, aunque intervenga juramento en la convencion y mutuo consentimiento de las partes , y se autorice con el del Juez. Fúndanse principalmente estos autores en que el referido término se estableció en beneficio de la causa pública, atajando los grandes daños y perjuicios que los pleytos acarrean. Scacia , *de Appell. q.* 15. *art.* 10. *n.* 188. *vers. Contrariam opinionem* , refiere otros autores que comprueban esto mismo por los propios fundamentos que reune en el

vers.

vers. Ratio potissima: ibi: *Ratio potissima hujus opinionis est, quia lex volens obviare litibus, quibus judex inquietatur, respublica læditur, partes vexantur expensis, et materia criminibus ex longa concertatione præbetur.*

116 La opinion contraria de que pueda suspenderse y prorogarse el término señalado para acabar la instancia de apelacion es mas segura, porque se funda en la autoridad de las leyes y de los cánones. La *ley* 5. *Cod. de Temporib. appellationum*, que es, como se ha dicho, la capital y originaria de esta materia, despues de establecer la regla insinuada pone en el §. último la limitacion siguiente: *Sin autem partes inter se, scriptura interveniente, paciscendum esse crediderint, nemini parti licere ad provocationis auxilium pervenire, vel ullum fatale observare: eorum pactionem firmam esse censemus. Legum etenim austeritatem in hoc casu volumus pactis litigantium mitigari.*

117 Lo mismo dispone la *Clement.* 4. *de Appellat.*, y sobre estas autoridades forman y admiten esta opinion Scacia y otros muchos autores que refiere en la citada *qüest.* 15. *n.* 188.

118 Las razones que alegan los autores de la primera opinion no estan traidas oportunamente al caso de que se trata: porque conformándose las partes en suspender el curso del pleyto, no experimentan los daños y vexaciones que intentáron precaver las leyes, atajando la malicia de los que litigan, ántes bien logran en la suspension acordada los beneficios de la tranquilidad en aquel tiempo, y pueden atender á otros negocios de su mayor interes y preferencia; y muchas veces consiguen por este medio que el pleyto se fenezca en la intencion de las mismas partes, pues no lo continúan, y el Juez no puede hacerlo de oficio.

119 De aquí procede una observacion admitida generalmente en los tribunales, y se reduce á que quando las partes sobreseen en las diligencias de los autos, aunque sea por largo tiempo, no son inquietadas de oficio para que las continuen, porque se considera que proceden de acuerdo por una tácita convencion, que dura solamen-

te aquel tiempo que permanecen en ella; pero si alguna de las partes solicitase nuevamente la continuacion del pleyto, se hace saber por retardado á las otras, que es lo mismo que decirlas que alguna de ellas se habia separado de su anterior convencion, y que se reintegraba en la libertad que ántes tenia para seguir su instancia.

120 La citada *ley* 11. *tit.* 18. *lib.* 4. pone en su segunda parte una excepcion general á la regla que establece en la primera por aquellas palabras: "Salvo si oviere »embargo derecho, porque no le pueda seguir, ni librar." Lo mismo se observa en la *Clement.* 3. *de Appellationib.* por una disposicion negativa, ibi: *Quod si justo impedimento cessante non fecerit, debebit ejus appellatio deserta censeri.*

121 Estas dos disposiciones se limitan á declarar que no corre al apelante el tiempo que está impedido, y que no le perjudica el no seguir ni acabar su apelacion dentro del año; pero no determinan ni señalan el tiempo que le debe conceder para dicho fin; esto es, si cesando el impedimento correrá el mismo término que estuvo impedido hasta completar el año útil, y quedará expedito para seguir y acabar su instancia.

122 La *ley* 5. §. 4. *Cod. de Temporib. appellation.* establece la propia excepcion ó limitacion de que no perjudique al apelante el no haber seguido ni acabado la apelacion dentro del año, si acreditase haber estado impedido: *ibi: Nisi ipse appellator evidentissimis probationibus possit ostendere, se quidem summa ope nixum voluisse litem exercere, per judicem autem stetisse, vel aliam inexorabilem causam subsecutam, propter quam hoc facere minime valuit*; y añade que en este caso se le conceda otro año para el mismo efecto de seguir y acabar la apelacion, y que pasado quede desierta, y de consiguiente firme la sentencia.

123 Lo mismo se dispone en la *Novel.* 49. §. 1. *de His qui ingrediuntur ad appellat.* y en el *can.* 41. *caus.* 2. *q.* 6. De esta adicion, por la qual se concede otro año para el fin referido, tomáron ocasion los autores para excitar dudas, y dividirse en opiniones contrarias acerca del tiempo

po

po que debia durar el impedimento del primer año para que tuviese lugar la indulgencia del segundo; pues como no lo explican las leyes, proceden los autores tan arbitrariamente en sus resoluciones que causan una confusion inexplicable, como lo notó Gonzalez *sobre el cap. 5. de Appellation. desde el n. 11*, y se observa en Scacia *de Appellation. q. 15. art. 5. n. 148*, y en Acevedo *á la ley 11. tit. 18. lib. 4. nn. 19. y 20.*

124 Toda la materia de estos años fatales para seguir y acabar las apelaciones ha llegado á quedar casi inútil en la práctica de los tribunales: porque radicados los autos por via de apelacion en el superior competente proveen las leyes de oportuno remedio á las partes, que obtuviéron la sentencia, para que insten su brevedad; y quando no la hacen, vienen á caer en el medio ya insinuado de proceder con uniforme acuerdo en la suspension temporal de la causa, que es el primer fundamento en que puede consistir el no excitarse controversias en los tribunales sobre el tiempo que señalan las leyes para seguir y acabar las apelaciones.

125 En los juicios correspondientes al fuero Real van la mayor parte de las apelaciones al Consejo, Chancillerías y Audiencias; y como estos tribunales estan por lo general ocupados en muchos y graves negocios, y miran por otra parte la verdad y la justicia sin detenerse en rigurosas formalidades, y estan al mismo tiempo libres de intentar ni ocurrir á la dilacion de los autos, se consideran las partes justamente impedidas para no acabar la instancia, y quedan preservadas de la insinuada pena de que perezca por este medio su justicia.

126 Esto es lo que notó por nueva y particular excepcion Gonzalez en el citado *cap. 5. de Appellation. al fin. del n. 11*: ibi: *Quod in appellationibus interpositis ad Principis consistoria cursus fatalium tam in primo, quam in secundo anno sistat, neque id sine ratione, cum alioquin esset iniquum Principum consistoria negotiorum multitudine, et temporis angustiis concludi, idque appellanti no-*

nocere; y se funda en la *Autent. de Appellationib. §. Ad hæc. collat.* 4. *tit.* 2. *cap.* 2, en la *ley última §.* 3. *Cod. de Temporib. appellation.*, y en el *cap.* 50. *de Appellation.*

CAPÍTULO IV.

De las sentencias que hacen cosa juzgada.

1 Habiéndose tratado en el capítulo próximo de la cosa juzgada que producian las sentencias auxiliadas del consentimiento de las partes, porque ó no apeláron, ó no siguiéron y acabáron las apelaciones en los tiempos debidos; se sigue tratar en este de la cosa juzgada, que nace de las sentencias contra la intencion y voluntad de los mismos que litigan.

2 La primera regla se forma del número de tres sentencias conformes, las quales acaban enteramente el pleyto, hacen cosa juzgada, se executan, y no reciben apelacion ni súplica. Así lo disponen con entera uniformidad las *leyes* 5. *tit.* 17, la 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*: la 25. *tit.* 23, la 4. *tit.* 24. *Part.* 3, y la *ley única Cod. Ne liceat in una, eademque causa tertio provocare: Novel* 82. *cap.* 5. *in fin.*: *cap.* 65. *ext. de Appellat.*: *Clement.* 1. *de Sent. et re judicat.*

3 En esta regla convienen todos los autores: Gonzalez en el citado *cap.* 65. *de Appellat.*: Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 16: Covarrub. *Pract. cap.* 25. *n.* 3. *et* 8: Scac. *de Appellat. q.* 17. *limit.* 1; pero estan discordes en la razon fundamental de la misma regla. Y á la verdad que no hay alguna que convenza la necesidad de su establecimiento y observancia: porque la principal que insinúan se reduce á que no es de presumir que tres Jueces ó tribunales sentenciasen con agravio de los derechos de las partes; pero esta presuncion dexa siempre en duda la verdad, y solamente forma la opinion probable de tener por cierto lo que han juzgado con uniformidad tres Jueces ó tribunales. Así lo indica Santo Tomas *Secund. secundæ.*

q.

q. 69. *art.* 3. *in fin.*: *Ideo autem non est concessum, ut tertio aliquis appellet super eodem, quia non est probabile toties judices à recto judicio declinare.* Gonzalez en el citado *cap.* 65. *n.* 7, asegurado de este pensamiento, manifiesta no hallar razon alguna que concluya la necesidad de esta regla, atribuyéndola á la fuerza de la ley que estableció el legislador á su arbitrio, excitado de la razon indicada, y mas principalmente del deseo de poner fin á los pleytos por el interes de la causa pública.

4 La *ley* 25. *tit.* 23. *Part.* 3, dexando establecida en su primera parte la mencionada regla de que se pueda apelar dos veces de un mismo juicio, reune, como fundamento de esta disposicion, las dos razones que se han expresado, *ibi*: "Ca tenemos, que el pleyto, que »es juzgado, é esmerado por tres sentencias, es derecho; » é que grave cosa seria, aver á esperar sobre una mis»ma cosa la quarta sentencia."

5 En las mismas leyes se presenta una prueba perentoria de no autorizarse la cosa juzgada por el número de las tres sentencias uniformes, ni por las razones que se motivan, sino por el arbitrio del legislador, que pudo dar igual fuerza de cosa juzgada á una ó á dos sentencias, ya fuesen conformes, ó ya discordasen substancialmente; pues así lo dispone y se observa en diferentes causas, atendidas las circunstancias que refieren las mismas leyes.

6 En la *ley* 5. *tit.* 5. *lib.* 7. *Rec.* se dispone que en los pleytos tocantes á las rentas y propios de las ciudades, villas y lugares de estos reynos, si fueren dadas por qualesquier Jueces dos sentencias conformes, que no se pueda apelar de ellas, ni agraviarse; y solo en el caso de ser diversas permite apelar ó suplicar; viniendo por todo á concluirse en los dos casos que con solas dos sentencias conformes se causa executoria.

7 En las causas que vienen por apelacion al Consejo, Audiencias ó Chancillerías, aunque se confirme la sentencia del Juez inferior de primera instancia por la de vista, tiene lugar la súplica; y la sentencia dada en revista, aun-

aunque sea revocatoria de las anteriores, causa executoria sin embargo de ser una sola sentencia. Lo mismo sucede en los pleytos que empiezan en el Consejo, Audiencias ó Chancillerías, como lo dispone para uno y otro caso la *ley* 3. *tit.* 17. y la 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*

8 Los pleytos de tenuta y posesion se acaban con sola una sentencia, y no se admite súplica ni otro recurso alguno sin embargo de ser por lo general de mucha entidad y gravedad: porque no solo se transfiere la posesion civil y natural, que es un grande auxîlio para vencer en el juicio de propiedad, sino que se hace dueño de los frutos producidos desde la vacante hasta la sentencia, y continúa percibiendo los demas el largo tiempo que duran los pleytos de esta calidad.

9 La *ley* 52. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Recop.* da por fenecidos los pleytos de residencia tomada á los Jueces con sola una sentencia del Consejo, sin admitir suplicacion sino solamente en dos casos que expresa la misma *ley*, *y el auto* 2. *del prop. tit. y lib.* Lo mismo se halla declarado en otras muchas causas, demostrándose por la serie de tantas leyes que la fuerza de cosa juzgada no está en la uniformidad ni en el número de las sentencias sino en el fin de acabar los pleytos con la brevedad posible; y como estas disposiciones son generales en su establecimiento, á ninguno agravian, pues todos se conforman en su observancia por el interes público que las motiva.

10 Como no puede llegarse al término de que se cause executoria con la sentencia de revista del Consejo, Chancillerías y Audiencias, sino por el medio de suplicar de las de vista, es muy oportuno y necesario advertir las causas, el tiempo y el modo con que se han de interponer y seguir las suplicaciones; y para que se perciba con mayor claridad el uso que se debe hacer de ellas, se cotejarán con las apelaciones, notando las causas y fundamentos en que convienen, y sus respectivas diferencias.

11 El agravio, que recibe la parte por la sentencia del Juez, es la causa que justifica la apelacion, y así ha de exîs-

tir

tir de presente; y si no lo hay, porque no se ha recibido, ó aparece notoriamente del proceso que no lo contiene la sentencia, ni se puede mejorar el derecho de la parte con nuevas alegaciones y probanzas, no tiene lugar la apelacion, y se desprecia como frívola y calumniosa. Esto es lo que largamente se explicó y fundó en el capítulo segundo de esta segunda parte.

12 En todo esto convienen las súplicas, disponiéndose literalmente acerca de ellas en las citadas *ley.* 1. *y* 2. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.* que la parte, contra quien fuere dada la sentencia, ha de alegar por escrito que es agraviada expresando los agravios, como se repite muchas veces en las mismas leyes.

13 Tan necesario es que se motive en la súplica el gravámen, que irroga la sentencia á la parte, que no basta alegarlo ni expresarlo al tiempo de la súplica, si los Jueces no lo conciben á lo ménos con probabilidad por los hechos del proceso, ó hallaren que se pueden mejorar por la parte que suplica con nuevas alegaciones y probanzas; pues faltando estos fundamentos estiman la súplica por frívola y maliciosa, y no la admiten quando la interpone la parte. Muchas veces previenen los Jueces este caso en sus sentencias, quando hallan notoria la justicia, y que no se puede variar; y entónces mandan que se executen sin embargo de suplicacion, que es adelantar el dictámen, y prevenir lo que habian de proveer en el caso de que se suplicase de la citada sentencia.

14 De esta práctica hace memoria el *auto acord.* 10. *tit.* 19. *lib.* 4; pues manda participar á la Chancillería de Valladolid "la cierta noticia en que se está, de que en las »causas civiles se usa muchas veces de la cláusula exe»cútese sin embargo, de que tratan muchos autores," siendo estilo observado en las Audiencias, como tambien en dicha Chancillería, que la licencia para suplicar de las sentencias, que contengan la referida calidad, se pide en la misma Sala donde pasa el pleyto, precediendo la visita de ceremonia y urbanidad de los litigantes á los Minis-

tros que votáron el *sin embargo*.

15 De la visita de ceremonia y urbanidad que en tales casos precedia por parte de los litigantes, y refiere el citado *auto acordado*, resolvió S. M. á consulta y representacion del señor Conde de Aranda, Presidente del Consejo, que los Ministros de las Chancillerías y Audiencias no la admitiesen en adelante ni aun con pretexto de pedir la venia para suplicar, previniendo que en este caso se reciban en las oficinas los pedimentos de las partes, y se dé cuenta de ellos en los tribunales para resolver conforme á derecho si tiene ó no lugar la súplica con independencia de la visita, cuya ceremonia debe enteramente abolirse; y negada la súplica no se admitirá mas pedimento sobre el asunto. A este fin entre otros, que contenia la consulta del señor Conde Presidente, se expidió Real cédula en 28 de Junio de 1770, y se manda en ella que, despues de publicada en el Acuerdo, se coloque con las ordenanzas de aquellos tribunales para que siempre se tenga á la vista, y no se contravenga á su tenor en manera alguna.

16 La libertad de apelar se limitó á cierto término, que empieza á correr desde el dia que es dada la sentencia, y llega á noticia de las partes; y pasado sin haber apelado, se considera renunciado el derecho, y extinguida la facultad de apelar. Todas estas partes se han explicado y fundado en el citado capítulo segundo, y en todas ellas convienen las súplicas.

17 La diferencia consiste únicamente en que para apelar estan señalados cinco dias, y para suplicar diez. Esta variedad se insinuó al fin de la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.*; pues señalados los cinco dias para apelar, previene que por esto no se innove en las leyes que disponen sobre la suplicacion; y en las 1. *y* 2. *tit.* 19. *del prop. lib.* se manda que la parte, que quisiere suplicar de la sentencia difinitiva, haya solamente el término de diez dias para suplicar, y no mas, ya se haya empezado el pleyto en el Consejo ó Audiencia, ó que haya venido por apelacion

cion ó en otra qualquier manera; añadiendo que si no suplicare y expresare los agravios en escrito dentro de diez dias, quede la sentencia firme, y no sea mas oido, señalando igualmente el dia de la notificacion de la sentencia por principio del término de los diez dias; y por todo se viene á concluir la uniformidad que guardan la apelacion y la suplicacion con la sola diferencia advertida en quanto al mayor término, que se concede para suplicar.

18 La *ley 6. tit. 24. Part. 3.* señala los mismos diez dias para suplicar; pero si no se acordare de pedir merced hasta este tiempo, dice que lo puede hacer aun hasta dos años. Cotejada esta ley con las recopiladas que se han citado, se observan dos notables diferencias: consiste la primera en el tiempo de los dos años que no se conceden, ántes bien se excluyen por las leyes posteriores: la segunda en que la sentencia se executaba baxo de fianza quando se suplicaba dentro de los diez dias; y sin fianza haciéndolo despues de dicho término de diez dias, pero dentro de los dos años.

19 Ahora se suspende la execucion de la sentencia de vista por efecto de la súplica, y no se permite interponerla pasados los diez dias, como se expresa en las leyes referidas, y en la *8. tit. 4. lib. 2. del Ordenam.*

20 La súplica trae su orígen de la merced y gracia del Rey, y ésta supone que la primera sentencia, á que se refiere la súplica, hace cosa juzgada con efecto de verdadera executoria, y que necesita de toda la autoridad Real para que por gracia ó merced abra el juicio, y mande se vuelva á exâminar, que es á lo que corresponde el nombre de revista, siendo esta una diferencia notable entre la súplica y la apelacion, como se prueba de las leyes recorriéndolas por el órden de su antigüedad.

21 La dignidad de Prefecto Pretorio fué en tiempo de los Romanos, desde que se fixó el imperio, la mayor, y su sentencia hacia cosa juzgada, y era igual en todos sus efectos á la que por sí daba el mismo Emperador ó

Rey sin admitir apelacion ni reclamacion alguna. El origen de esta prerogativa se toma del Emperador Constantino en la *ley* 16. *de Appellationib. en el Código Teodosiano*, en donde refiere los Jueces que conocian de las causas á nombre del Emperador; y esta circunstancia daba motivo para dudar si se podia apelar de su sentencia. Entre los Jueces de esta clase refiere algunos la citada ley en su principio, y determina que se puede provocar y apelar de sus sentencias: ibi: *A proconsulibus, et comitibus, et his qui vice præfectorum cognoscunt, sive ex appellatione, sive ex delegato, sive ex ordine judicaverint, provocari permittimus.*

22 Continúa en su contexto, y declara como privativa del Prefecto Pretorio la prerogativa de que no se pueda apelar de su sentencia: ibi: *A præfectis autem prætorio, qui soli vice sacra cognoscere vere dicendi sunt, provocari non sinimus: ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

23 En dos causas motiva esta ley la preferencia insinuada: una es, porque el Prefecto Pretorio representa verdaderamente la sacra autoridad del Emperador, y así lo manifiesta la palabra *vere*, y prueba tambien con esta discretiva expresion que los otros Jueces, de que habla en su primera parte, tenian cierta alusion y semejanza, aunque mas impropia y remota, en el exercicio y representacion de la autoridad Real: la segunda causa se reduce á que siendo tan íntimamente próxima la dignidad de Prefecto Pretorio por la confianza y amplitud de autoridad á la del mismo Emperador, se presentaria como ofensa de la veneracion que se debe al imperio, sino se comunicase igual respeto á la persona, que tan inmediatamente lo representaba en el exercicio de su autoridad; y esto es lo que dan á entender bien claramente aquellas palabras: *Ne jam nostra contingi veneratio videatur.*

24 La *ley única ff. de Offic. præfect. prætor.* refiere el tiempo y orígen de esta dignidad, su grande autoridad y

y la prerogativa de que sean inapelables sus sentencias, suponiendo estarle concedida por otras leyes mas antiguas, que es la citada de Constantino; y explica al fin la razon en que se funda la prerogativa indicada: ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et gravitate, ad ejus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac jure dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

25 Aunque en otras leyes se hace igual memoria de la dignidad de Prefecto Pretorio, y de la excelencia privativa de que no se pueda apelar de su sentencia, estimándola firme y rata para llevarla á debida execucion, no es necesario referirlas todas, concluyendo este artículo con la prueba y convencimiento, que en su comparacion presentan las sentencias que daban en aquellos tiempos los Obispos en las causas civiles.

26 El mismo Emperador Constantino atendiendo al mayor beneficio de sus súbditos, y confiando mucho de la integridad y justificacion de los Obispos, permitió á los litigantes que llevasen de conformidad sus causas civiles al juicio y decision de los mismos Obispos, y la autorizó y ratificó en el alto grado de sentencia difinitiva inapelable para que pudiera llevarse inmediatamente á execucion por los rectores ó Jueces de las provincias y sus oficiales.

27 Esta prerogativa, que concedió aquel Emperador á las sentencias de los Obispos en los negocios civiles, la funda y motiva en la excelencia en que la consideraba, como si se hubiesen dado por el mismo Emperador ó por el Prefecto Pretorio.

28 Sozomeno en el *lib. 1. de su Histor. Eccles. capit. 9*, tratando del Emperador Constantino, se explica en los términos siguientes: *Et litigantibus permisit, ut ad episcoporum judicium provocarent, si magistratus civiles rejicere vellent: eorum autem sententia rata esset.*

29 Honorio y Teodosio ratificáron la misma prerogativa en la *ley* 8, y mas expresamente en la 8. *Cod. de Episcop. audient.* ibi: *Episcopale judicium ratum sit omni-*

nibus , qui se audiri à sacerdotibus elegerint , eamque illorum judicationi adhibendam esse reverentiam jubemus, quam vestris deferri necesse est potestatibus, à quibus non licet provocare.

30 El mismo Sozomeno hablando en el lugar citado de las sentencias de los Obispos se explica con la siguiente comparacion: *Aliorumque judicum sententiis prævaleret , perinde ac si ab imperatore ipso data fuisset:::: utque res ab episcopis judicatas , rectores provinciarum , eorumque officiales executioni mandarent.* Del mismo modo se explica la citada *ley* 8. *Cod. de Episcopal. audient. Per judicum quoque officia, ne sit cassa episcopalis cognitio , definitioni executio tribuatur.*

31 De la enunciada ley de Constantino y de su disposicion hacen memoria Baron. *año de* 398. *n.* 63: Tomasin. *de Discipl. Eccles. p.* 2. *lib.* 3. *cap.* 102. *n.* 1. *y* 2: Van-Espen *de Jur. Ecclesiast. p.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1. *n.* 17.

32 Todos estos graves autores convienen en ciertas proposiciones fundamentales que son notorias: la primera es que los Obispos ántes de la mencionada ley de Constantino conocian por compromiso y avenencia de las causas civiles, que llevaban á su decision los litigantes, siguiendo el consejo, ó llámese precepto de san Pablo, que insinuó generalmente á todos los Christianos, y mas particularmente á los Obispos, en su primera carta á los de Corinto *cap.* 6; y así se quejaba san Agustin de no poder gozar del tiempo para la oracion y leccion de libros sagrados, por ocuparlo útilmente en componer las discordias de los Christianos. Lo mismo hacia san Ambrosio y otros santos Obispos, como lo manifiesta el mismo san Agustin *al cap.* 9. *de Oper. Monachorum, y en sus cartas* 81. *y* 147, *y sobre el Salmo* 118, acreditándolo igualmente Posidio *de Vit. Augustini cap.* 19: Tomasin. *part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 101: Van-Espen *de Jur. Ecclesiast. part.* 3. *tit.* 1. *cap.* 1; y Baron. *en sus Anal. Eclesiastic. año* 398. *n.* 63.

33 La segunda proposicion, en que estan conformes los

los referidos autores y las leyes, consiste en que las sentencias dadas por los árbitros no obligaban á su cumplimiento, dependiendo únicamente de la voluntad de las partes; y aunque para darlas alguna autoridad tomáron los medios de imponer penas á los que no estuviesen por el juicio de los árbitros, jurando al mismo tiempo cumplir sus avenencias, dexáron siempre libre la execucion de la sentencia, salvo que la loasen con el posterior consentimiento, ya fuese expreso ó tácito, por el curso de diez dias, que tenian para reclamar sus determinaciones. Esto es lo que disponen y confirman la *ley* 2. *ff. de Receptis, et qui arbitrium receperunt*: la 1. *Cod. eod tit.*: *Novel.* 82. *tit.* 11. *coll.* 6. *cap.* 11; y la 23. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "E sobre to»do deven prometer, de guardar, é de obedecer el man»damiento, é los juicios, que los avenidores ficiesen so»bre aquel pleyto, so cierta pena, que peche la parte »que non quisiere estar por ello, á la otra que obedeció »el mandamiento de los avenidores. Ca si pena non y »fuese puesta, non serian tenudas las partes de obedecer »el mandamiento, nin el juicio, que diesen entre ellos; »fueras ende si callasen, é lo non contradixesen, desde »el dia que fuese dada la sentencia, fasta diez dias." Lo mismo se dispone en la *ley* 26. *del prop. tit. y Part.* y en el *cap.* 4. *de Arbitris.*

34 De estas dos proposiciones se viene en claro conocimiento de que el Emperador Constantino concedió únicamente de nuevo á las sentencias de los Obispos dos cosas: una que obligasen á los litigantes á estar y pasar por ellas: otra que con sola una sentencia quedase acabado el pleyto, y se llevase á pura execucion, la qual encargó á los Jueces ordinarios de las provincias; y esta fué otra señal de que no reconocia en los Obispos jurisdiccion contenciosa para decidir los pleytos civiles; pues si la hubieran tenido, procederian por sí mismos á executarlas, como parte que completaba aquel juicio, segun disponen las leyes que refiere Salgado con otros muchos autores en la *part.* 3. *de Reg. cap.* 14. *n.* 98, señala-

ladamente la 6. *tit.* 17. *lib.* 4.

35 La *ley* 8. *tit.* 18. *Part.* 4. hace semejante el Prefecto Pretorio al Adelantado mayor de la corte, explica su oficio y dignidad, como subrogado en lugar del Rey para juzgar y librar en ella todos los pleytos del reyno, "é las alzadas de los Jueces de la Corte que »vinieren antel;" y con respecto á la mayoría de esta dignidad, y de estar subrogada en el lugar inmediato del Emperador ó Rey, dice: "Ca así como non pueden »apelar de la sentencia que da el Emperador, ó el Rey, »bien así non pueden alzarse de la que diese este atal; »mas puédenle pedir merced, que vea, ó enmiende su »sentencia, si quisiere." Lo mismo disponen substancialmente las *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3, señalándose en esta última el término de diez dias para pedir merced de ser oida, contados desde que fuere dada la sentencia por el Rey, ó por el Adelantado mayor de la corte.

36 En lugar del Adelantado mayor se subrogó el Consejo Real, representando inmediatamente la suprema autoridad del Rey, para juzgar todas las causas del reyno que vinieren á él, y de las alzadas de los Jueces de la corte, acabando con su sentencia el pleyto, y haciendo cosa juzgada para ser llevada á execucion.

37 Todas estas partes se contienen con muy clara uniformidad en las leyes del reyno: la 19. *tit.* 23. *Partid.* 3. dispone que de las alzadas, que se hacen al Rey, conozcan aquellos, que juzgan quotidianamente en su corte; y estos son los Ministros del Consejo Real que despachan con el Rey, y con su inmediata representacion, y á este fin se ordenó por la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 2. *de la Recop.* que el Rey se sentaria en público dos dias en la semana con los de su Consejo, y con los Alcaldes de su corte, que serian Lúnes y Viérnes; y los señores Reyes católicos reduxéron su asistencia en el Consejo al Viérnes de cada semana, como se dispone en la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.*; y por la 5. *del mismo tit. y lib.* se hallaba de-

determinado muy de antiguo que el Rey anduviese con el Consejo y Alcaldes por todas sus tierras y señoríos, usando de justicia y administrándola. Lo mismo se halla establecido en las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Ordenam. Real*, y aun en el dia se conservan estos vestigios antiguos de sentarse el Rey con el Consejo en el Viérnes de cada semana á despachar las consultas, guardándose puntualmente lo ordenado por las leyes acerca de que no entre, ni esté, ni se siente en el Consejo ninguna otra persona, que no sea del mismo tribunal; demostrándose por una observancia constante desde lo mas antiguo que en el Consejo despacha el Rey, y á su nombre se libran las provisiones y cédulas, sin que pueda dudarse que la sentencia dada por el Consejo y la que da el Rey son de igual autoridad en el punto de acabar con ella el pleyto, hacer cosa juzgada, y executarla.

38 Desde que se fixó el Consejo con el Rey en su corte, no estaban expeditas sus facultades para determinar todos los negocios de gobierno y pleytos de justicia del reyno, y usaban de Jueces comisionados, de donde resultaban grandes daños á las partes y á la causa pública; y para enmendarlos, y facilitar á los interesados la administracion de su justicia sin tanto gravámen y gastos, fué muy conveniente establecer las Chancillerías y Audiencias de los respectivos territorios baxo las reglas que se estimáron convenientes, y se han ido mejorando con la experiencia y el tiempo, autorizando á estos tribunales con la jurisdiccion competente para conocer y acabar las causas de su territorio sin que admitan apelacion sus sentencias, salvo en algunos casos que estan especificados en las leyes para las Audiencias de Galicia y Oviedo; viniendo á concluirse que lo dicho del Consejo en quanto á que su primera sentencia hacia cosa juzgada, y que solamente podia suspenderse su execucion por efecto de la súplica, que pendia de la merced y gracia del mismo tribunal ó del Rey, segun lo dispo-

nen las referidas *leyes* 4. *y* 6. *tit.* 24. *Part.* 3. y la 8. *tit.* 18. *Part.* 4, se debe entender tambien de las sentencias de las Chancillerías y Audiencias; habiéndose hecho este medio, que en su orígen fué de gracia, ordinario ya y de justicia por las leyes, como lo funda con otros Maldonad. *de Secund. supplication. tit.* 1. *q.* 1. *núm.* 25.

39 Por consideracion á la mas alta y distinguida dignidad con que los señores Reyes han autorizado estos tribunales y sus Ministros, se debe proceder en el modo de interponer las súplicas, y en el fin con el mayor acatamiento y decoro de los mismos Jueces; pues aunque las leyes disponen en lo general que los que apelan sean muy moderados en sus palabras, no agraviando al Juzgador, como se previene en la *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. y en la 12. *tit.* 18. *lib.* 4, aun deben ser mas sumisas y reverentes las palabras de la súplica, motivándola en el error de los litigantes ó en la malicia de las contrarias, sin atribuirlo á los Jueces ni á su ignorancia ó malicia; y esta es una diferencia muy notable entre la apelacion y la súplica, pero muy justa por lo mucho que importa mantener el alto respeto y decoro de los tribunales superiores, haciéndolos parecer al público como infalibles en sus resoluciones.

40 El Padre Marquez *en su tratado del Gobernador Christiano lib.* 1. *cap.* 18. §. 2. y Larrea *en su alegacion* 103. recogiéron todas las causas y motivos que obligan á honrar á los Jueces, y á mantenerles su decoro y respeto: porque son las armas con que hacen al Rey el grande servicio de conservar la paz y justicia de sus reynos.

41 Por estas consideraciones deben proceder los letrados, quando supliquen de las sentencias del Consejo, Chancillerías y Audiencias con el cuidado de proponer nuevos hechos, y producir algunos instrumentos, aunque no sean muy importantes á la justicia de la causa, para que el tribunal pueda motivar en estas nuevas alega-

gaciones y probanzas la reforma y enmienda de su anterior sentencia.

42 La sentencia que se diese en la instancia de súplica, ya sea confirmando ó revocando las anteriores, causa executoria de cosa juzgada, y se procede en su virtud á dar á cada uno su derecho, que es el fin que completa todas las partes de la justicia, segun se contiene en su difinicion.

43 Por estos principios, que forman la regla general ya indicada, correspondia se tratase inmediatamente de la execucion de la cosa juzgada; pero como no estan sujetas todas las apelaciones y suplicaciones ni en su progreso ni en sus términos á la regla, y admiten algunas excepciones, señaladamente las apelaciones que se interponen de los Jueces de Madrid, y las sentencias de revista que por su gravedad y calidad permiten la segunda suplicacion, se tratará de estos dos puntos con la brevedad posible, en quanto se adviertan sus particularidades en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO V.

Las sentencias dadas por el Consejo, confirmando ó revocando las de los Alcaldes de Corte, Corregidor y Tenientes de Madrid en las causas civiles de que estos conocen, hacen cosa juzgada; y el mismo efecto tienen las que dan las dos Salas de corte.

1 Supuestas las reglas, que dexo explicadas en el capítulo segundo parte segunda de estas *Instituciones*, por donde se declaran las causas que deben ir por apelacion á la Sala de Provincia del Consejo, y las que corresponden á las dos de corte segun la última legislacion que allí se refiere; me he reservado advertir en este capítulo las particularidades de las apelaciones, que se interponen de las sentencias de los Alcaldes que despachan

en Provincia, y de las del Corregidor y sus Tenientes.

2 Sintiéndose agraviada alguna de las partes que litigan, que es el principio y fundamento comun de todas las apelaciones, como se demostró en el citado capítulo segundo, se presenta derechamente en Sala de Provincia del Consejo, ó en las dos de la corte segun su turno, por via de apelacion, nulidad, queja, agravio, ó por el recurso que mas haya lugar en derecho, de los autos y procedimientos de dichos Jueces, señaladamente de la sentencia que han dado en los autos, y entre las partes que se expresan; y concluye pidiendo se sirva mandar que el escribano de Provincia ó del número entregue los autos en la escribanía de Cámara del Consejo, ó que vaya á hacer relacion de ellos segun la entidad y calidad que expresan las leyes.

3 Por este medio observado constantemente en los referidos tribunales superiores se logran conocidas ventajas á favor de la causa pública y de las partes en la mayor expedicion y ménos gastos de los negocios, excusándose apelar ante el Juez que dió la sentencia, pedir testimonio de ella, y acudir con él en el término que señale el Juez, ó en el de la ley al tribunal superior, formalizar en él la apelacion, sacar los despachos para que se remitan los autos originales ó en compulsa, otorgar nuevo poder para la segunda instancia, y hacer las demas diligencias, que por regla estan prevenidas en las apelaciones comunes, y se han referido muy por menor en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte.

4 Los escribanos de Provincia hacen relacion de los autos en las dos Salas de corte, adonde van las apelaciones, quando la cantidad que se litiga no excede de trescientos mil maravedis, señalados por resolucion de S. M. á consulta del Consejo de 9. de Setiembre de 1750, sin diferencia de que los autos apelados sean difinitivos ó interlocutorios; y en estos tres artículos convienen los escribanos del número de Madrid.

5 Si la causa excediese de los trescientos mil mara-

ve-

vedis, van las apelaciones á la Sala de Provincia del Consejo, y los escribanos de Provincia y los del número hacen relacion de ellos: los de Provincia si no excede de mil ducados, y los del número sin limitacion.

6 Esta diferencia, en quanto á ir á hacer relacion, nace del *auto acord.* 11. *tit.* 8. *lib.* 2, su fecha 24. de Setiembre de 1680, en el qual se declaró en justicia, y se resolvió á consulta con S. M. que de los pleytos, cuyo interes no excediere de mil ducados, en que los Alcaldes de Corte hubieren determinado difinitivamente en primera instancia, hagan relacion los escribanos de Provincia; y que entreguen todos los que excedieren de la dicha cantidad de mil ducados á los escribanos de Cámara, trayéndolos al Consejo para que se repartan.

7 La duda que dió motivo al pleyto seguido entre los escribanos de Provincia y los de Cámara del Consejo, que se determinó y resolvió segun queda expresado, pudo muy bien fundarse en la *ley* 2. *tit.* 6. *lib.* 2, por la qual se dispone que en las causas civiles de que conocieren los Alcaldes de Corte, " no aya apelacion, ni »suplicacion, ni agravio, ni nulidad, salvo para ante Nos, »y los del nuestro Consejo, y no para ante los Oidores »de la nuestra Audiencia, ni para otro alguno."

8 Como esta ley no habla de los escribanos de Provincia ni de las facultades de su oficio en quanto á ir á hacer relacion de los autos, quando se apelare de las sentencias de los Alcaldes, ni tampoco distingue de las que sean difinitivas ó interlocutorias, ni del interes de las causas, quedaban en confuso las autoridades de dichos escribanos, y las que pretendian tener los de Cámara del Consejo para que se les entregasen los autos que iban á él por apelacion.

9 Por la *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. se declara: "Que »siendo la cantidad sobre que es el pleyto de cincuenta »mil maravedis, ó dende arriba, se aya de apelar, y ape»le para el Consejo donde el Escrivano ha de ir á ha»cer relacion, y se ha de despachar, y determinar el ne-

»go-

»gocio, segun, y en la forma que hasta aquí se ha he»cho."

10 El punto que se dà de cincuenta mil maravedis excluye del Consejo las causas, cuyo interes no llegare á esta cantidad, y las manda llevar por apelacion á los dos Alcaldes de Corte, que á este fin estaban señalados; pero como no pone término al interes de las que han de ir al Consejo, ántes bien lo dexa abierto é indefinido por aquella clausula, "ó dende arriba," y dispone en su continuacion que el escribano haya de ir á hacer relacion, parecia bien fundado el intento de los de Provincia en todas las causas que fuesen por apelacion al Consejo.

11 La *ley* 16. *tit.* 8. *lib.* 2. dispone en el mismo caso de las apelaciones al Consejo que "sin dilacion algu»na los Escrivanos de los dichos nuestros Alcaldes den á »los dichos nuestros Escrivanos de Cámara el dicho pro»ceso originalmente." Lo mismo dispone la *ley* 27. *del propio tit. y lib. ibi*: "Que entreguen los dichos Escriva»nos los procesos, quando de la determinacion dellos se »apelare al Consejo, originalmente."

12 Como estas dos últimas leyes favorecian el intento de los escribanos de Cámara del Consejo, pues se mandaba con la misma generalidad y cláusulas indefinidas que se les entregasen los autos originalmente, fué conveniente y necesaria la declaracion que hizo el Consejo en el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2. que es como se observa; pero trae graves daños á la causa pública en la retardacion de la justicia y en los mayores gastos de las partes; pues si éstas lo toman para formalizar ú reproducir sus pretensiones en aquella segunda instancia, pagan los derechos de tiras de todo el proceso, ó la mitad de ellas quando no usan de los autos; y piden que desde luego pasen al relator para que forme el apuntamiento, que es otro nuevo gravámen en los derechos y en la dilacion; el qual repetido por los muchos procesos que en estos tiempos exceden de los mil ducados forma un objeto muy digno de la atencion y sabiduría del Consejo.

El

13 El público desearia que el mismo Consejo lo tomase en consideracion para precaver ó enmendar unos males tan conocidos, acordando para ello los medios mas oportunos, y consultándolos con S. M. si fuese necesario.

14 A mí se me ofrecian para este efecto algunos caminos muy conformes á la razon y á la equidad de las leyes, atendidas las circunstancias de los tiempos presentes. La citada *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2, que es del señor Don Felipe II. año de 1583, señala la cantidad hasta cincuenta mil maravedis, para que la apelacion de las sentencias, que dieren los Alcaldes, pueda ir á los dos que estaban señalados para este encargo: la 17. *siguiente* extendio la apelacion de los mismos negocios á cien mil maravedis: la 18. *cap.* 3. *del prop. tit. y lib.* repite la misma cantidad, y añade dos cosas: una que el Presidente del Consejo nombre al principio de cada mes dos Alcaldes, que conozcan en apelacion de las causas, que hubiesen determinado los otros tres Alcaldes hasta en cantidad de los dichos cien mil maravedis; y la otra que igualmente conociesen en apelacion de las que determinare la Justicia ordinaria de Madrid, no llegando á dichos cien mil maravedis. Y en 9. de Setiembre de 1750. se amplió la cantidad, de que podian conocer en apelacion los dos Alcaldes que formaban la Saleta, á trescientos mil maravedis.

15 Siguiendo pues los exemplares referidos, y otros muchos que se hallan en las leyes, podria aumentarse á mayores cantidades el conocimiento de los Alcaldes de apelaciones, y con mayoría de razon en las actuales circunstancias; pues en lo antiguo se confiaba la determinacion de esta segunda instancia, que hacia cosa juzgada, á solos dos Alcaldes; y ahora conocen las dos Salas por el turno señalado en la Real cédula de 19. de Abril del año de 1785.

16 Con proporcion á la cantidad que se acordase y señálase en las apelaciones, de que puedan conocer las dos Salas de corte, se deberá señalar la de los negocios, cuyas apelaciones hayan de ir al Consejo, y puedan los escri-

cribanos de Provincia hacer relacion de ellos; y la tercera clase se formará de los de mayor interes, y en estos negocios se podrá verificar su entrega en las escribanías de Cámara del Consejo para los fines explicados en el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2.

17 Esta es la regla que ahora se observa por efecto del referido *auto*, y la misma que deberia observarse sin otra diferencia que la que pueda recibir por el mayor interes de la causa; y así se templaria el daño del público y de las partes por el menor número de los negocios que llegarian á entregarse en las escribanías de Cámara del Consejo.

18 Los escribanos del número hacen relacion en las apelaciones, ya vayan á la Sala de corte ó al Consejo, de los autos que han determinado el Corregidor ó sus Tenientes sin diferencia alguna en el interes de ellos; y esta facultad absoluta se atribuye al Real privilegio, que les concedió el Señor Don Felipe IV. en 9. de Junio de 1636, el qual contiene tres partes: una que las escrituras de fundaciones de mayorazgos, ventas y qualesquiera otras de perpetuidad se otorguen precisamente ante los mismos escribanos de número: otra que las apelaciones de las causas civiles y executorias seguidas ante los mismos escribanos del número, que hasta entónces iban á las Chancillerías de Valladolid, fuesen de allí adelante al Consejo, y se feneciesen y acabasen en él, de qualquier calidad y cantidad que sean; y la tercera parte se contiene en la siguiente cláusula: "Haciendo relacion vosotros en »él, como los de Provincia, con que por esto no sea vis»to hacer novedad en los pleytos de menor quantía, que »tocan á la Saleta de los Alcaldes de mi Casa y Corte."

19 Si se observa la referencia que hace este privilegio de que los escribanos del número hagan relacion en el Consejo como los de Provincia, parece que debian ser iguales en todos los negocios, y que la disposicion de qualquier calidad y cantidad que sean, debia reducirse al artículo de que no fuesen estos negocios á la Chan-

Chancillería, y se acabasen en el Consejo.

20 Tambien se observa en el citado privilegio que ántes de él hacian relacion los escribanos de Provincia en el Consejo de las causas que determinaban los Alcaldes por sus oficios; y parecia que no debian quedar de peor condicion que los escribanos del número, especialmente atendida la comparacion y referencia indicada.

21 Si alguna de las partes pide en el Consejo que los escribanos del número entreguen los autos apelados en las escribanías de Cámara, lo manda así el Consejo "con la calidad de por ahora, y sin perjuicio del privile»gio, y de los derechos del escribano del número." Esta providencia se toma con un ligero exámen á conseqüencia de Real órden comunicada al Consejo por punto general en el año 1755, por la qual mandó S. M. que siempre que alguna de las partes pidiese que el escribano del número entregase los autos en las escribanías de Cámara, lo mandase así el Consejo.

22 Yo seria de dictamen que se defiriese rara vez á la enunciada pretension, representando á S. M. los grandes perjuicios que causa el cumplimiento de dicha Real órden y la práctica del Consejo; y son los mismos que se han indicado en la entrega que hacen los escribanos de Provincia; pues quando los del número diesen justo motivo á las partes para desconfiar de su relacion, ó la entidad de la causa exigiese que el apuntamiento se hiciese y concertase con citacion de las mismas partes, seria esta diligencia ménos costosa y mas expedita, haciéndose por el mismo escribano del número, ó por otro á quien se mandasen pasar los autos, para que hiciese relacion de ellos por sí solo ó en calidad de acompañado.

23 La experiencia hizo conocer el abuso con que dilataban las partes la execucion del decreto del Consejo, por el qual se mandaba que los escribanos de Provincia y número fuesen en sus casos á hacer relacion de los autos en que se habia apelado; y para precaver los

perjuicios que resultaban de la malicia de algunas de las partes, acordó el Consejo las oportunas providencias en 13 de Setiembre de 1730, que es el *auto* 18. *tit.* 8. *lib.* 2: en 16 de Noviembre de 1746: 23 de Mayo de 1755, y 12 de Junio de 1776; y no habiendo llenado todo el objeto que deseaba el Consejo, mandó la Sala de Provincia, en 20 de Octubre de 1783, que el escribano de Cámara, á cuyo cargo corresponda el despacho de la apelacion, extienda el decreto siguiente: "Informe el escribano originario de los autos el asunto sobre que es el pleyto, si excede ó no de la cantidad de trescientos mil mrs., ó de los mil ducados prevenidos en el *auto acordado* 11. *tit.* 8. *lib.* 2: si la providencia de que se apela es difinitiva ó interlocutoria, ó si siéndolo trae gravamen irreparable; y si fuere de concurso, si está ó no hecha la graduacion de todos los acreedores: si el Juez que conoce de los autos lo hace como ordinario ó en virtud de comision: por quién está dada, y para dónde se reserva la apelacion."

24 El fin de la providencia antecedente es precaver que las apelaciones se distraigan de los tribunales adonde correspondan, ó de los medios por donde deben ir; pues sucedia algunas veces que vistos los autos en la Sala de Provincia, se hallaba que debia ir la apelacion á los dos Alcaldes ó á la Sala segunda, y ahora á una de las dos Salas por el turno indicado, retardándose la administracion de justicia con daño de las partes, excitándose tambien dudas entre los interesados sobre si los escribanos de Provincia debian entregar los autos, ó hacer relacion de ellos, á todo lo qual se ocurria por el informe precedente.

25 Admitida la apelacion se manda en el citado auto de 9 de Octubre de 1783 que la parte que apeló ponga dentro de seis dias en poder del escribano actuario el decreto del Consejo con las citaciones necesarias; y pasado dicho término sin haberlo executado, se declara por desierta la apelacion, y que el Juez, que conoce de los

los autos, prosiga en ellos como hallare por derecho.

26 En los de concurso de acreedores, cuyas apelaciones, por exceder del interes de los mil ducados, corresponden al Consejo, hacen relacion siempre los escribanos de Provincia, salvo que se haya dado sentencia difinitiva graduando todos los acreedores. Esto es lo que dispone el citado *auto* 11. *tit.* 8. *lib.* 2; y es la razon, porque no estando acabado el pleyto, los autos que dan los Alcaldes se consideran interlocutorios, y hasta que se concluye la graduacion, no deben entregarlos los escribanos de Provincia.

27 Puede tambien apelarse ante los mismos Alcaldes y Tenientes que diéron las sentencias, presentándose despues al Consejo ó á las Salas de corte para mejorarlas en la forma que se ha explicado. De este medio usan muchas veces las partes como mas breve para detener la execucion de las sentencias, y que no se declare haber pasado en cosa juzgada; y así sin esperar testimonio de la apelacion la mejoran, y tienen los autos su curso en la forma y términos explicados.

28 La sentencia del Consejo y de las Salas de corte, confirmando ó revocando las dadas por los Alcaldes ó Tenientes de Madrid, causan executoria de cosa juzgada, segun lo dispuesto en la *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2. *ibi*: "Y que las apelaciones de los Alcaldes de la nuestra Casa, »y Corte, de causas civiles, porque los pleyteantes no »sean fatigados con gastos, queremos que vayan ante los »del nuestro Consejo, estando en el lugar, donde el tal »negocio se determinare; y lo que por ellos fuere visto, »y determinado, sea avido por grado de revista:" *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2. *ibi*: "Y siendo los dos Alcaldes de un »voto, y parecer, se pronunciará la sentencia en con»formidad de lo que acordaren; y de ella se librará man»damiento executorio, sin que aya lugar á apelacion, ni »reclamacion, ni otro recurso alguno:" *aut.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "La sentencia que en él se diere, confirman»do, ó revocando, acabe el negocio, como si fuese ape»la-

»lacion de Alcalde de Corte: *ley* 18. *tit.* 6. *lib.* 2.

29 El mismo efecto causan las sentencias del Consejo, confirmando ó revocando las que por comision particular de este supremo tribunal haya dado algun Ministro de él en primera instancia: *aut.* 7. *y* 26. *tit.* 4. *lib.* 2.

30 Con presencia de las leyes y autos acordados referidos, y de los repetidos exemplares en que por un efecto de la Real clemencia de S. M. se mandaban abrir los juicios, y que se exâminasen nuevamente los pleytos que se habian determinado en apelacion por sentencia de la Sala de Provincia, representó ésta al Rey los perjuicios que padecia el público, y eran dignos de enmendarse; y en su vista, y de lo que consultó el Consejo pleno en 27 de Febrero de 1773, se sirvió S. M. resolver lo siguiente: "Que se admitan las súplicas de las sentencias de la Sala de Provincia para revista, en los casos en que sean suplicables, conforme á la calidad y »naturaleza del juicio: que si las tales sentencias de vista fueren confirmatorias de toda conformidad de las del »Juez inferior, ponga el Consejo la calidad de que se »executen sin embargo de suplicacion; y que no se dé »licencia para suplicar, sino en los pleytos muy grandes y »dudosos, ó en que las nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, hubieran de variar las determinaciones; »y siempre que tuviere lugar la instancia de revista, pasarán los autos á la escribanía de Cámara, y al relator, »y se substanciarán en la forma que el Consejo acostumbra en las demas Salas, y sus respectivos negocios »de justicia."

31 Esta Real resolucion se públicó en el Consejo, y se mandó cumplir, y expedir Real cédula en 21. de Setiembre de 1783, la qual en su primera parte reduce á las reglas del derecho comun las apelaciones, que de las sentencias de los Alcaldes y Tenientes van á la Sala de Provincia del Consejo, haciendo suplicables las que diere en vista la misma Sala; y si por la calidad y naturaleza del juicio no recibiesen la súplica, dexa correr las dis-

disposiciones de las leyes, pues solo quiere dispensar la 20. *tit.* 4. *lib.* 2. *de la Rec.*, removiendo el inconveniente que producia la primera sentencia de la Sala de Provincia por haberla graduado en la clase y con efectos de revista.

32 Si la sentencia del Consejo confirmare en todo la de primera instancia, se manda executar sin embargo de suplicacion. Esta calidad, que se manda imponer en las sentencias confirmatorias, no excluye enteramente la súplica; pues la dexa pendiente del arbitrio y resolucion de los Ministros que diéron la sentencia, arreglándose á las circunstancias que señala la misma Real cédula, "de que »los pleytos sean muy graves y dudosos, ó en que las »nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, hubie»ran de variar las determinaciones." Este arbitrio indefinido que se permite á los Jueces para graduar "de gra»ves y dudosos los pleytos," en que deban dar licencia para suplicar, ofrecerá muchas disputas y recursos entre las partes, y obligará con el tiempo á que se exprese y señale el interes del pleyto para que se tenga por grave, y reciba desde luego la súplica de la sentencia del Consejo.

33 La prueba de las dos proposiciones antecedentes se debe tomar de lo que acreditó la experiencia en otros casos iguales. La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. permite suplicar segunda vez de la sentencia de revista de las Chancillerías, "si los tales pleytos fueren muy grandes, ó de cosa ardua;" y como esta indefinida y general expresion ponia en duda á los Jueces que debian admitir la segunda suplicacion, viéndose muchas veces en contradiccion para determinar la cantidad suficiente para que tuviese lugar la segunda suplicacion, fué preciso para remover los inconvenientes y perjuicios, que por largo tiempo se experimentáron, que los señores Reyes católicos declarasen en la *ley* 7. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4. que la cantidad y estimacion del pleyto debia ser como las mil y quinientas doblas de cabeza, de que habla la dicha *ley* 1.

34 Igual efecto de contradiccion y perjuicios han su-

sufrido todas las causas, que con respecto á sus términos se han confiado al arbitrio de los Jueces, viniendo por esta razon á ser necesario que las leyes lo señalen.

35 En la ley primera que se ha referido, se manda que el que ha de suplicar de la sentencia de revista pueda hacerlo dentro de veinte dias para ante S. M.; y como en esta segunda parte no señala término en que deba presentarse ante el Rey, y proceda con la misma omision la *ley* 2. *siguiente*, fué preciso que en la 4. *del prop. tit. y lib.* se determinase y señalase el de quarenta dias, para que dentro de ellos cumplan las partes con presentarse ante S. M.; y con el propio fin se ampliáron á noventa para las Audiencias de Canarias y Mallorca por la *ley* 16. *del referido tit.* 20. *lib.* 4.

36 El *auto acordado* 10. *tit.* 19. *lib.* 4. trata de la licencia para suplicar, quando las Audiencias y Chancillerías ponen á sus sentencias de vista la calidad de que se executen sin embargo de suplicacion; y refiriendo que además de pedirse la licencia en la misma Sala adonde pasó el pleyto, precedia la visita de ceremonia y urbanidad á los Ministros que acordáron "el execútese sin embargo," se abolió esta visita de urbanidad, y se mandó que no se hiciese, ni admitiese por Real resolucion de S. M., motivada sobre consulta y representacion del señor Conde de Aranda, de la qual se formó la Real cédula de 28. de Junio de 1770, reduciendo las diligencias de la parte, que pide licencia para suplicar, á que lo haga en la misma Sala adonde pende el pleyto; y vendria á ser ilusoria esta instancia, si la calidad que se impone á la sentencia de que se execute sin embargo de suplicacion, la excluyera enteramente.

37 El efecto único que produce la insinuada calidad de que se execute sin embargo, impuesta en la sentencia de vista, siendo conforme en un todo á la dada en primera instancia, consiste en que se execute, y que siga despues su justicia en la instancia de súplica.

38 Esta execucion se hace con la condicion de re-

vo-

vocable, como la tiene la misma sentencia de vista, y revocándose esta por la de revista, se repone la execucion en todas sus partes. Con este conocimiento se ofrece la duda de si á la execucion de la sentencia de vista y entrega de las cantidades ó bienes, en que fuere condenada la parte por las dos enunciadas sentencias, ha de preceder fianza de la otra, á cuyo favor estan dadas dichas sentencias, obligándose á volver las cantidades y bienes que recibiese con sus intereses y frutos en el caso de revocarse la sentencia de vista.

39 La citada Real cédula de 21 de Setiembre de 1783 no previene que preceda, ni se dé fianza en la execucion de la sentencia de vista del Consejo, siendo conforme de toda conformidad con las dadas en primera instancia por los Alcaldes ó Tenientes; y teniendo la parte á su favor la letra de la misma ley, y la grande autoridad que forman las dos sentencias en prueba de su buen derecho, pretenderá que se la exônere de la obligacion de afianzar, que las mas veces es embarazosa y gravosa por no hallar persona que quiera afianzar con bienes suficientes; y si algunas lo hacen, es á mucha costa de la parte, gratificando á los fiadores el riesgo á que exponen sus bienes.

40 Por otras consideraciones nó ménos poderosas que las antecedentes pretenderán los que han de entregar los bienes ó cantidades, en que fuéron condenados por las dos sentencias conformes, que se asegure su restitucion con fincas suficientes para el caso que se revoquen las sentencias por la de revista, á cuyo fin recordarán en justificacion de su intento las muchas leyes, que en casos semejantes mandan afianzar la restitucion de lo que reciben.

41 La *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4. dispone y manda: "Que »dadas dos sentencias conformes sobre la posesion, no aya »lugar suplicacion con la fianza de las mil quinientas do»blas, ni otro recurso, ni remedio alguno, y que se exe»cuten, dando primeramente aquel, en cuyo favor se dió »la

»la sentencia, caucion de fianzas suficientes ante los Jueces, »que diéron la segunda sentencia á su contentamiento, pa»ra que, si fuere condenada la parte, en cuyo favor se exe»cuta, en la causa de la propiedad, restituirá las cosas de »que así fuere fecha execucion, y le fueren entregadas."

42 Si las dos sentencias conformes, de que habla esta ley, acaban el juicio posesorio, y sin embargo no dan seguridad en los bienes que recibe, queriendo precaver con las fianzas las resultas del juicio de propiedad, que es diverso del anterior, y que acaso no se intentará por la parte que perdió la posesion; ¿con qué razon podrá defenderse que la sentencia de la Sala de Provincia, siendo conforme á la de primera instancia, se execute sin dar fianzas?

43 La *ley* 15. *del prop. tit. y lib.* dispone que "dos »sentencias conformes de toda conformidad se executen, »y aunque no sean de toda conformidad, se executen en »lo que fueren conformes, sin embargo de la dicha segunda »suplicacion, dando primeramente la parte, en cuyo fa»vor se dieren, fianza á contento de los Jueces, de quien »se suplicare, que si la sentencia de vista se revocare, »volverá lo principal con los frutos á la otra parte."

44 Este es otro exemplar que nace de dos sentencias mas autorizadas, que se han dado por el Consejo, Chancillerías ó Audiencias en pleytos que empezáron en los mismos tribunales, para que tenga lugar la segunda suplicacion; y sin embargo deben darse fianzas ántes de executarse dichas sentencias. Lo mismo se halla dispuesto para el propio caso en la *ley* 6. *tit.* 24. *Part.* 3.

45 La sentencia de remate es dada en los juicios executivos sobre unas obligaciones y contratos, y compromisos ó sentencias, ú otras escrituras, confesiones ó conocimientos reconocidos, y que no se hayan debilitado en el término de la ley con excepciones probadas equivalentes, como se dispone en las *ley.* 1. 2. *y* 5. *tit.* 21. *lib.* 4; y sin embargo debe dar fianzas la parte, á cuyo favor se diere la sentencia, de que volverá la que recibie-

biere en pago si se revocare, segun y en la forma que se dispone en la *ley* 19. con referencia á la 2. *del prop. tit. y lib.*

46 Las sentencias arbitrarias se mandan executar, precedidas las fianzas que previene la *ley* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. Lo mismo sucede en los pareceres de los contadores conformes, siendo confirmados con sentencia del Juez que de la causa conociere, como se manda en la *ley* 24. *del mism. tit. y lib.*

47 Siguiendo tan repetidas y autorizadas disposiciones en casos semejantes al de la citada Real cédula de 21. de Setiembre de 1783, parecia que las sentencias de vista de la Sala de Provincia, siendo confirmatorias de toda conformidad de las del Juez inferior, se deberian executar sin embargo de suplicacion, precedidas las fianzas indicadas para el mismo fin que se expresa en las citadas leyes.

48 Aunque para executarse las sentencias de vista de la Sala de Provincia, se dice en la citada Real cédula que deben ser conformes de toda conformidad, podrá tambien dudarse si aunque no lo sean de toda conformidad se executarán en lo que fuesen conformes, siguiendo lo dispuesto en la enunciada *ley* 15. *tit.* 20. *lib.* 4, y la razon en que se funda, que se reduce á este axioma: *Quod dicitur de toto quoad totum, dicitur de parte quoad partem.*

49 En la cláusula, que limita la licencia para suplicar á los pleytos muy graves y dudosos, se contiene el caso siguiente: "O en que las nuevas pruebas, que »puedan ofrecer las partes, hubieran de variar las deter»minaciones." Esta disposicion puede verificarse en qualquiera pleyto, aunque no sea muy grave y dudoso, y así lo indica la disyuntiva con que se explica la Real cédula; siendo suficiente para que se admita la súplica, que las nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, sean capaces de variar las determinaciones.

50 Es cierto que las súplicas y las apelaciones se dirigen entre otros fines á enmendar los daños que expe-

rimentan las partes por su ignorancia y omision, como se expresa en la *ley 6. §. 1. Cod. de Appellationib.* y en la 4. *Cod. de Temporib. et repar. appellat.*; y de estos principios procede el axioma: *Non allegata allegabo; et non probata probabo*; de que hacen memoria nuestras leyes, señaladamente la 4. *tit.* 9. *lib.* 4, admitiendo pruebas de testigos sobre hechos conducentes á la causa, no siendo unos mismos ó derechamente contrarios á los que se propusiéron, y probáron en la instancia anterior, para evitar el soborno de los testigos; y dexa libertad para presentar instrumentos por no caer en ellos el rezelo indicado.

51 Con mayor claridad se explicó en este punto la *ley 2. tit. 19. lib. 4*; pues suponiendo que se puede suplicar de la primera sentencia, que diéron los Oidores en pleyto comenzado ante ellos, dice lo siguiente: "Que »la parte pueda alegar lo que no alegó, y probar lo que »no probó."

52 En las enunciadas disposiciones pudo fundarse la citada Real resolucion contenida en la cédula de 21. de Setiembre de 1783; y así inferia yo que para admitirse la súplica por el título de que las nuevas pruebas, que puedan ofrecer las partes, hubieran de variar las determinaciones, es necesario que en el mismo escrito de súplica expongan los agravios de la sentencia de vista, y los hechos positivos en que los funden, ofreciéndose desde luego á probarlos con testigos ó instrumentos; y si hallasen los Jueces que probados en la instancia de súplica harán variar las determinaciones, podrán admitirla; pero si no los probasen en bastante forma, deben condenar necesariamente en las costas á la parte que suplicó, como se manda en la *ley 27. tit. 23. Part. 3. ibi*: "E si fallare que el juicio fué dado derechamente, dévelo »confirmar, é condenar á la parte que se alzó, en las »costas, que su contendor fizo, segun es costumbre de »nuestra Corte."

53 En las sentencias que da el Consejo en los pleytos, que vienen á Sala de Provincia por apelacion de las que

que han dado los Alcaldes ó Tenientes, se ha puesto la calidad de que se devuelvan, sin hacer diferencia de que los escribanos de Provincia hayan hecho relacion de dichos pleytos, ó los hayan entregado á los de Cámara del Consejo; pues en todos estos casos, ya se confirme, ó se revoque la sentencia de primera instancia, se expide la executoria por el mismo Juez, y por testimonio del escribano, en cuyo oficio se empezáron los autos.

54 Esta práctica se halla observada constantemente, como autorizada por las leyes, y por la razon de ser la sentencia del Consejo como la de revista, y hacer cosa juzgada, faltando solamente la execucion de ella, la qual se remite al Juez inferior.

55 Por la enunciada Real cédula de 21 de Setiembre queda pendiente la sentencia del Consejo de la admision de la súplica, y parecia que no debia devolverse la causa hasta que se verificase si se suplicaba, y si se admitia ó despreciaba. Sin embargo entiendo que debe correr y adicionarse la sentencia primera del Consejo con la calidad de que se devuelvan los autos; pero el término, que se concediese para execucion y cumplimiento de dicha sentencia, no empezará á correr hasta que sea pasado el concedido para la súplica, ó que se declare no haber lugar á ella; pues si se admitiese, se suspende la execucion, ó se hace ésta con calidad de revocable segun la diferencia advertida de que la sentencia del Consejo confirme ó revoque la del Juez inferior.

56 Estas son las principales observaciones que me ha parecido hacer sobre los artículos ó dudas que pueden excitarse en la citada Real cédula; en donde no se hace memoria de las sentencias que dan las Salas de corte en los autos, cuyo interes no excede de los trescientos mil mrs., y deben correr con la misma graduacion, como si fueran de revista, y causar executoria, ya revoquen, ó ya confirmen la de primera instancia, lo qual se observará inviolablemente entretanto que se estime conveniente tomar algun nuevo temperamento en las sentencias de las

dos Salas de corte, semejante al que se ha dado para la Sala de Provincia; pues quando por ser estos negocios de menor quantía interese el público en que se acaben con la primera sentencia de las Salas, siendo confirmatoria de la dada en primera instancia, es cosa dura que tenga el mismo efecto quando la revoca, y serviria de mucho consuelo á la parte agraviada poder suplicar de la sentencia, y que se acabase el pleyto con la de revista que diere la Sala.

CAPÍTULO VI.

Del remedio de adherirse á la apelacion y de sus efectos.

1 En las leyes antiguas de los Romanos fué desconocido este remedio de adherirse á la apelacion. Los que se consideraban agraviados por la sentencia de los Jueces apelaban de ella para que el superior la enmendase; y si no lo hacian, ó no seguian la apelacion en los términos señalados, se entendia que aprobaban y consentian las sentencias, y pasando en autoridad de cosa juzgada acababan los pleytos, se executaban, y no podian las partes impugnar ni reclamar lo juzgado, á que habian prestado su aprobacion y consentimiento.

2 De este medio ordinario en que está reputada la apelacion, de sus efectos, y de los que tiene la cosa juzgada, con lo demas que corresponde á esta materia, se trató de intento en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte.

3 El que no apela de la sentencia, aunque lo haga la parte contraria, la aprueba y ratifica, teniéndola por justa, y no puede venir contra su propio hecho impugnándola en el tribunal del Juez superior; pues ha de ir consiguiente en pedir su confirmacion, defendiéndola, y removiendo las contradicciones y embarazos, que se opongan por la contraria.

El

4 El Emperador Justiniano enmendó esta antigua legislacion, permitiendo á la parte que no apeló, que á conseqüencia de la apelacion contraria pueda pedir en el tribunal superior que se reforme la sentencia del inferior en la parte que la considere gravosa y perjudicial. Esta es la novedad que hizo Justiniano en la *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*, cuyo literal contexto forma el asunto de este capitulo.

5 *Ampliorem providentiam* (dice) *subjectis conferentes, quam forsitam ipsi vigilantes inveniunt, antiquam observationem emendamus, cum in appellationum auditoriis, is solus post sententiam judicis emendationem meruerat, qui ad provocationis convolasset auxilium, altera parte quæ hoc non fecisset, sententiam sequi (qualiscumque fuisset) compellenda. Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam, et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit: nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

6 Esta disposicion recibió toda la fuerza y autoridad de ley en el punto de su establecimiento y publicacion; pero la perdió con la decadencia del imperio Romano, sin que desde entonces se pueda hacer uso de ella en la ordenacion y decision de los pleytos, por estar expresamente así declarado y prohibido desde las primeras leyes del Fuero Juzgo y por otras posteriores, como se reconoce en las *leyes* 8. *y* 9. *tit.* 1. *lib.* 2 *del Fuero Juzgo*: en la 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*; y en los *aut.* 1. *y* 3. *del prop. tit. y lib.*

7 Yo no he hallado ley alguna entre las del reyno que renueve, ni autorize en forma de ley la citada del Emperador Justiniano, ni la citan los autores que tratan de intento de su inteligencia; y careciendo de este influxo y efectos, quedará reducida á una sentencia de sabios, como se explica el citado *aut.* 1. *tit.* 1. *lib.* 2, y la *ley* 3. *del prop. tit. y lib.*, y servirá únicamente de ilustrar los co-

conocimientos de la justicia, y de observarse en quanto se ayude por la razon y autoridad del derecho natural.

8 Con estas luces se deben mirar las opiniones de los autores, que han exâminado difusamente la materia de la enunciada *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*, como lo hiciéron Baldo y Bartulo en la exposicion á la misma ley: Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærend.*: Giurb. *deciss.* 30. *n.* 24: Salgad. *de Reg. part.* 3. *cap.* 16. *n.* 65: Aceved. *á la ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *n.* 62: Scac. *de Appellat. q.* 17. *limit.* 1. *n.* 50. *y* 51; y *en la limit.* 21: Lancelot. *de Attentat. p.* 2. *cap.* 12. *ampliat.* 12. con otros muchos que estos refieren.

9 Como la enunciada ley habla en general de la nueva gracia concedida á los que no apelan para que puedan mejorar su suerte en el juicio de apelacion, pidiendo que se reforme la sentencia en la parte que les haya sido perjudicial, y este uso no sea adaptable á todas las sentencias, es necesario explicar la ley, y señalar los términos en que pueda tener lugar.

10 Si el juicio, y la sentencia que es dada sobre él, contiene un solo artículo, en el qual obtiene sentencia favorable alguna de las partes, y la vencida apela de ella, el vencedor satisface todos sus oficios pidiendo la confirmacion; y en nada se opone, ni puede oponerse á lo juzgado por ser enteramente á su favor; y este medio reducido á la sencilla y natural defensa de la sentencia, á cuyo fin remueve las contradicciones y embarazos que pone la parte apelante, procede de la antigua legislacion, sin necesidad de aprovecharse de la ampliacion ó nueva gracia concedida por el Emperador Justiniano en la citada *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*: porque no es necesario recurrir á los medios de gracia extraordinarios ó subsidiarios, quando los comunes y de justicia proveen cumplidamente de oportuno remedio.

11 Quando los capítulos de la sentencia tienen relacion y conexîon precisa por el órden y dependencia respectiva, aunque sean muchos forman uno solo, y cor-

re

re en ellos la regla establecida en el anterior: porque la apelacion de la parte que fué vencida traslada al Juez superior el conocimiento de toda la causa y de la sentencia; y pidiendo la otra parte su confirmacion, logra por este medio ordinario todo su deseo sin necesidad de recurrir á la nueva gracia y providencia, que se introduxo á favor de aquellos que necesitasen que se reformase la sentencia en alguna parte que les era perjudicial, y no podian solicitarlo ni lograrlo en la instancia de apelacion por no haberla interpuesto, si no se auxìliaban de la que interpuso la parte contraria; que es en lo que consiste la nueva gracia ó beneficio que les concedió Justiniano.

12 Reduciendo á este último caso su providencia, y exâminando la razon en que se funda, y la utilidad pública que traiga consigo (que son los dos principios de que debe estar acompañada la opinion de los autores, en cuya clase queda la citada *ley* 39 segun se ha demostrado), parecia que faltaban enteramente las causas de su justificacion y utilidad, y que debia cesar la providencia indicada, siguiéndose lo establecido en las leyes antiguas que la precediéron, porque en ellas se favorece á los diligentes, que usan de apelacion para enmendar el agravio que conciben en la sentencia; pero los que no se consideran perjudicados, ó se abandonan á la inaccion de no apelar del agravio, abusan y desprecian el favor de la ley, y no deben aprovecharse de otro algun auxìlio extraordinario, recurriendo á la misma ley.

13 La omision de no apelar induce una aprobacion y consentimiento de lo juzgado; y parece cosa indigna y torpe impugnar y reclamar sus propios hechos, diciendo que la sentencia es injusta y perjudicial en alguna parte.

14 La misma aprobacion y consentimiento, que induce el hecho de no apelar en tiempo, es tan eficaz y poderoso que lleva la sentencia á cosa juzgada, y se procede á su execucion, acabándose el pleyto en la parte en que

que no es apelable la sentencia, que es el fin de tanta utilidad pública, en que se interesan todos los derechos; y no es justo que contra estas intenciones mude la suya la parte que no apeló, renovando el pleyto en la instancia de apelacion, en quanto se opone á lo juzgado y pide su enmienda.

15 La apelacion, que se interpone por alguna de las partes, es esencialmente limitada al gravámen que siente y motiva; pues en lo que no lo concibe, ni lo hay, no procede la apelacion, y falta todo su fundamento; y aunque se quiera extender por la misma parte apelante á los capítulos en que la sentencia le es favorable, no estaria en su arbitrio hacerlo, ni en el del Juez recibirla, debiendo despreciarla como frívola y calumniosa contra los fines de su institucion; viniendo á deducirse de estos principios la regla de que solamente se devuelve al Juez superior la parte de la sentencia que se apeló, quedando la restante, quando es diversa, acabada con la autoridad de cosa juzgada, en lo qual se interesa desde aquel punto el derecho del que litiga, á cuyo favor fué dada la sentencia, y no debe ser despojado de él por la mutacion posterior de voluntad, que haga la contraria en la instancia de apelacion.

16 Aunque los fundamentos expuestos inclinan poderosamente el juicio á la opinion antecedente, concurren otros mas superiores para que se deba mantener la citada disposicion y ampliacion de la *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*: porque la parte, que no apela de la sentencia en algun artículo que la perjudica, se acerca mas al espíritu de las leyes, que desean la brevedad y fenecimiento de los pleytos; pues en quanto á sí toca, ha contribuido á que se logren estos fines con el hecho y deliberacion de no apelar, tomando á mejor partido sufrir el daño, que le causa la sentencia, que el perjuicio de continuar el pleyto, y el que padeceria la causa pública con los mayores gastos y dilaciones, molestando á los Jueces y tribunales superiores.

La

17 La apelacion de la parte contraria dexa frustradas las intenciones de la que por aquellos justos respetos no apeló; pues obliga á la otra á seguir la causa, la priva de su tranquilidad y sosiego, y no la dexa emplearse en otros negocios de interes particular y público; y no seria justo el que quedase engañada y expuesta á perder lo favorable que habia logrado en la sentencia, y que no pudiese mejorarla en lo que la habia sido perjudicial; en cuyo caso vendria á ser de mejor condicion la parte que con su apelacion dió fomento á la dilacion del pleyto, que la que intentaba fenecerlo, aunque fuese á costa del gravámen que la irrogaba la sentencia.

18 El hecho de no apelar induce una aprobacion presuntiva de la sentencia, ya sea por no considerarla gravosa, ó por acomodarse á sufrir el perjuicio que irroga con el fin de evitar otros mayores en la continuacion del pleyto. Quando la parte apelada se adhiere á la apelacion contraria, explica su voluntad, y declara que el no haber apelado de la sentencia, no fué porque no la concibiese gravosa, sino por la otra causa insinuada de querer lograr su tranquilidad, y redimirse de otros gastos mayores, acabando el pleyto con aquella sentencia; pero que faltando esta condicion ínsita y natural y el recomendable objeto de sus intenciones, no debia tener lugar su consentimiento tácito y presuntivo, y sí ponerse en libertad para gozar del justo auxîlio que para este caso le concede la ley, sin que se entienda que impugna y contradice lo que una vez aprobó y consintió: porque su consentimiento no fué absoluto y expresivo, ni determinado á reconocer la justicia de la sentencia; y variándose estas circunstancias, no es adaptable la disposicion de las leyes, que obligan á estar y pasar por lo que una vez se aprobó y consintió; ántes bien la variacion de circunstancias y la mutacion de las causas ponen el asunto en caso muy diverso, y por tanto puede con libertad usar de los auxîlios que no ha renunciado.

19 Si en el caso propuesto de ser la sentencia en

parte favorable y en parte adversa sobre diversos capítulos, no fuese recíproca la esperanza de mejorar su justicia en la instancia de apelacion, quando alguna de ellas la interpusiese, se prepararian todas las partes con la apelacion respectiva al capítulo que fuese contrario en la sentencia, para no quedar expuestas á que en el caso de apelar alguna de ellas trasladase al superior el conocimiento limitado al artículo de su apelacion, quedando el de las otras partes executoriado por la autoridad de cosa juzgada, sufriendo en estas circunstancias los gastos y molestias del juicio de apelacion con riesgo de perder lo que habia ganado en la sentencia anterior, y sin esperanza de mejorar su justicia en lo que por ella le habia sido perjudicial. Este medio, en que se repetian las apelaciones, produciria mayor dilacion en las causas, comprometiéndose las partes en seguirlas por la desconfianza que cada una tendria de que con la apelacion de la otra, sino usaba de la suya tambien en tiempo oportuno, quedase destituida del auxîlio de la mejora de su derecho en la parte que no le habia sido favorable, concluyéndose por todas estas reflexîones que es mas ventajoso el auxîlio que dispensó el Emperador Justiniano en la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.*

20 El no apelar de la sentencia en alguna parte, que no sea favorable al que no apela, no induce en este positivo desprecio del beneficio y auxîlio de la ley; pues como son dos los que franquea para lograr el mismo fin de su natural defensa, uno que consiste en la apelacion propia, y otro en adherirse á la que interponga la contraria, se reserva el usar de este último por ser mas acomodado á la brevedad y fenecimiento de los pleytos, y á manifestar la intencion de acabarlos aun á costa del gravámen que concibe en la sentencia, y pretende despues probar en el juicio de apelacion.

21 En este juicio de apelacion y en todas las instancias es muy recomendable la igualdad y equidad entre las partes; y éstas y el Juez deben buscar, como único ob-

objeto de sus intenciones, la verdad y la justicia por los hechos del proceso sin embarazarse en la solemnidad y substancia del órden de los mismos juicios, como se encarga y repite en la *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *de la Recop.*, y en la *Autént. Qui semel. Cod. Quomodo, et quando judex sententiam proferre debeat*: ibi: *Judex auditis allegationibus præsentis, et perquisita veritate, pronunciet*, y en otras muchas que se han referido en estas *Instituciones*. Y hallando el Juez de apelacion la verdad y justicia, y que no está atendida por el inferior en su sentencia, no debe tolerar que' corra la iniquidad, y toca inmediatamente á su oficio enmendarla y reformarla á qualquiera insinuacion de la parte, supliendo lo que haya faltado en la solemnidad ó substancia del órden judicial, como se explica en la citada *ley* 10, y se contiene al propio intento en la 39. *Cod. de Appellat.*; pues distinguiendo las partes que estan presentes y las ausentes, concluye con respecto á estas: *Sin autem absens fuerit: nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

22 Lo mismo se dispone en la *ley* 10. *Cod. Quando provocare non est necesse.* El caso de esta ley se reduce á que habiendo sido favorable á una parte la sentencia en todo lo principal que fué deducido en el juicio, no condenó el Juez al vencido en las costas y perjuicios; y habiendo apelado de esta sentencia la parte que fué condenada en lo principal, no apeló la otra en quanto omitió la condenacion de costas y daños; y sin embargo de no haber usado de este medio ordinario de la apelacion, dice la ley que si los Jueces entienden y conocen que debe ser condenada la parte que apeló en las costas de la primera instancia, deben hacerlo: ibi: *Si perspexerint adjuvandum esse victorem sumptuum perceptione, etiam sine provocatione ejus hoc statuentibus, et justam eorundem sumptuum quantitatem definientibus.*

23 La opinion y doctrina que va referida acerca del caso, en que la sentencia contenga capítulos diversos y separados, logra su confirmacion en una parte por los au-

autores que tratáron de esta materia; pero se oponen en otra, como se observa en sus mismas opiniones.

24 Suponen dichos autores el mismo caso de que los capítulos de la sentencia sean separados y diversos: que en unos sea favorable, y en otros contraria respectivamente á las partes: que una de ellas apele, y no lo haga la otra; y en estos términos distinguen dos fórmulas: una si la parte que recibió agravio en uno ó mas capítulos, y en otros obtuvo favorable sentencia, apela de ella sencillamente sin restriccion ni moderacion alguna; y entónces dicen los referidos autores que esta apelacion indefinida devuelve al Juez superior el conocimiento de todos los capítulos separados, así los que fuéron contrarios al apelante, como los favorables, y que puede el apelado, aunque no haya interpuesto apelacion de los que le fuéron adversos en la sentencia, usar del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria, y pedir que se confirme en lo favorable, y revoque en lo perjudicial, debiendo el Juez hacerlo así, si hallase fundada su pretension en justicia.

25 Así se explican en este artículo con uniforme dictamen los referidos autores: Scac. *de Appellat. q.* 10. *art.* 2. *n.* 8. ibi: *Secus si una pars appellat simpliciter à sententia: quia tunc quamvis sententia contineat plura capitula separata, tamen appellatio simpliciter interposita devolvit in omnibus; et ideo altera pars non potest appellare: quia superflue appellaret. Et hæc est communis opinio, à qua non discedas.* Esto mismo repite en la *qüestion* 17. *limit.* 2. *num.* 100. ibi: *Quia illa simplex appellatio defertur ad omnia capitula, quamtumvis separata; ideoque devolvit totum negotium; et consequenter appellatus superflue interponeret eandem appellationem: quia jam prima appellatio partis adversæ devolvit totum negotium.*

26 Del mismo modo se explica este autor en la citada *qüestion* 17. *limit.* 21. *n.* 12, concluyendo con referencia á otros autores que la parte apelada puede adhe-

herirse á la apelacion simple, y mejorar su justicia en los capítulos separados que la fuéron gravosos en la sentencia.

27 La contraria opinion funda y explica en los referidos lugares, quando se apela con limitacion y restriccion á los capítulos que fueren contrarios en la sentencia, consintiendo los favorables; en cuyos términos asegura que si la otra parte no apelase de los capítulos separados, que la son gravosos en la misma sentencia, no podrá adherirse á la apelacion contraria para solicitar que se mejoren y repongan. Esta es la explicacion literal que hace en la citada *q.* 10. *art.* 2. *n.* 7. *y* 8. y en la 17. *limit.* 2. *n.* 100. *vers. Secus est*; y en la *limit.* 21. *n.* 12. *in fin.*

28 Salgado *de Reg. part.* 3. *cap.* 15. *desde el n.* 1. propone en los mismos términos la qüestion; y resuelve que la apelacion limitada á los artículos perjudiciales no devuelve todo el negocio al superior, concluyendo al *núm.* 21, por una conseqüencia en su dictamen necesaria, que el apelado no puede adherirse á la apelacion en los capítulos separados que le son gravosos, y recomienda para este intento la práctica de apelar con restriccion y limitacion de la sentencia en quanto á los capítulos que sean perjudiciales, consintiendo los favorables: que la parte contraria no apele en tiempo, y que despues quiera valerse de aquella apelacion limitada para suspender el todo de la sentencia, y que se tenga por atentado y violento lo que se obrase en su execucion; pues reunidas estas circunstancias no da entrada al apelado para adherirse á la apelacion contraria en quanto á los capítulos de que no apeló.

29 Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærendi cap.* 49. establece igual opinion; y todos la toman de Baldo, quien exponiendo la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.* pregunta si tendrá lugar siendo los capítulos separados, y responde que no: ibi: *Sed quid si diversa sunt capitula, numquid habet locum hæc lex? Respondeo, non: quia separatorum nulla est conjunctio.*

Con-

30 Consideradas con sólida reflexion las razones en que intentan fundar su opinion los autores que se han referido, y otros muchos que sin discernimiento la siguen, no hallo en ellas aquella fuerza de convencimiento que obligue á acceder á su partido; ántes bien me parecen mas débiles que las que van propuestas al principio de este capítulo en confirmacion de la genuina y clara inteligencia de la enunciada *ley* 39. *Cod. de Appellat.*; y se ampliarán ahora en mayor convencimiento de la enunciada opinion contraria.

31 La disposicion de la ley es indefinida y general sin restriccion ni limitacion alguna de que los capítulos de la sentencia sean ó no diversos; y así en la distincion que hacen los referidos autores, restringen las palabras de la ley, que deben entenderse llanamente, así como ellas suenan, y en su propia y natural significacion, como se dispone en las *leyes* 13. *tit.* 1. *Part.* 1, y 5. *título* 33. *Part.* 7.

32 Para traer á su intento la enunciada ley la interpretan y declaran; y en estos dos medios proceden contra aquellos principios, que dictan que no se debe distinguir quando la ley no distingue, ni declarar ó interpretar sus palabras quando sean dudosas: porque esta facultad es privativa del autor de la misma ley, como se ordena en la 14. *tit.* 1. *Part.* 1.

33 La diferencia que hay entre la opinion que forman los referidos autores, y la que yo propongo, consiste en que no convenimos en un principio esencial, y se reduce á que ellos entienden que la parte apelada solo puede oponerse á la sentencia, pidiendo se reforme en lo que no la sea favorable si se adhiriere á la apelacion de contrario interpuesta; y como estiman que esta adhesion es como un accidente que se ha de proporcionar y medir por la principal apelacion, limitando los efectos de ella á ciertos capítulos, es consiguiente en el dictamen de dichos autores que la adhesion como accesoria no tenga mas extension que la apelacion.

Yo

34 Yo entiendo que la disposicion de la citada *ley* 39. *Cod. de Appellat.* concede al apelado una facultad independiente y libre para usar de ella, oponerse á lo juzgado, y solicitar su enmienda en lo que le haya sido gravoso, interviniendo para esto una sola condicion reducida á que la parte contraria haya apelado proponiendo las causas de su apelacion; pues esto sirve para excitar y poner en movimiento el derecho de la parte que no apeló, dirigiéndolo entónces á los fines que explica la misma ley, sin que quede ligado á los capítulos de la apelacion contraria, sino extendiéndolo á todo lo que se disputó en el juicio, aunque haya sido en capítulos separados y procedentes de hechos y causas diversas.

35 La letra en lo dispositivo de esta ley se debe repetir aquí para llevarla á la vista: *Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium. Sin autem absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem, ejus partes adimplere.*

36 En esta ley concede el Emperador Justiniano de propio movimiento un beneficio general; y con solo este respecto debia entenderse en qualquiera duda con la mayor extension posible á favor de los agraciados. Este beneficio es de tal naturaleza que formando desde su orígen una regla de ley universal no se dirige á restringir el derecho comun sino á su dilatacion y ampliacion, protegiendo y favoreciendo la equidad y la justicia de los oprimidos, como se manifiesta en el principio de la citada *ley* 39. ibi: *Ampliorem providentiam subjectis conferentes*; y estos son otros respectos que hacen muy recomendable aquella disposicion.

37 Por esta disposicion se concedió un remedio subsidiario equivalente al ordinario de la apelacion, queriendo hacer igual al que apeló de la sentencia en lo que le era perjudicial, y al que por justas causas no apeló de ella en la parte que le era gravosa; y como éste no podia mejo-

jorar su derecho segun las constituciones antiguas, quedó habilitado por esta última para que lo promoviese; y esta correspondencia entre la apelacion y el remedio ó auxìlio, que presta aquella ley, debe producir igualdad en las partes.

38 Demuéstrase mas esta verdad consideradas aquellas palabras, que dirige la ley á la parte que no apeló: ibi: *Habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit*; y concluye: *Et judiciale mereri præsidium*; pues las primeras ofrecen una libertad ó licencia indefinida para oponerse á lo jùzgado, que no pueden admitir fácilmente restricciones en el uso de su derecho; y en las últimas se manifiesta el buen acogimiento que deben tener estas partes en el Juez: ibi: *Et judiciale mereri præsidium.*

39 Y para no dexar duda en esta inteligencia excita la ley todo el oficio del Juez á dispensar al que estuviese ausente los derechos que le correspondan, supliendo sus defensas: *Sin autem absens fuerit, nihilominus judicem per suum vigorem ejus partes adimplere.*

40 Los principales fundamentos, que exponen los autores citados para sostener su opinion, se reducen á limitar el derecho y defensa de la parte que no apeló, á que solo pueda hacerla por un medio accesorio á la apelacion de la otra parte; y es de observar que en la referida *ley 39. Cod. de Appellationib.* no se distingue, ni se restringe la licencia y facultad de oponerse á lo juzgado al medio de *adherirse* á la apelacion contraria, ni hay tal palabra de *adherirse*, ni otra equivalente para significar que la parte apelada haya de seguir los límites de la que apeló, sin poder llevar por sí al juicio del superior todos sus derechos, que se produxéron y determináron ante el Juez inferior.

41 Pues si en la ley no hay tal voz de *adherirse* á la apelacion, ¿por qué se aseguran tanto en ella para deducir sus conseqüencias? ¿No es visto que fué buscada por los mismos autores para significar con propiedad la inteli-

ligencia de la enunciada disposicion, y que debe acomodarse á ella?

42 Permítase el uso de la voz *adherirse*; pero no debe tolerarse que se reciba y entienda con impropiedad: porque *adherirse*, segun el Diccionario de la lengua Castellana, compuesto por la Real Academia Española, es "unirse, arrimarse ó llegarse al partido ó dictámen de otro;" y esto es lo que con propiedad se verifica en el caso de la citada *ley* 39. *Cod. de Appell.*; pues el que apeló intenta que el Juez superior alze y levante el gravámen, que concibe haberle irrogado el inferior en su sentencia: el que no apeló, y usa del remedio subsidiario de la enunciada *ley* 39, solicita que el mismo Juez superior alze y quite el gravámen que le causó el inferior en la misma sentencia, conviniendo los dos en el intento y pensamiento de mejorar sus derechos: porque no es de esperar, ni podia acomodarse, que el que se adhiere á la apelacion contraria solicitase todo el favor de ésta en perjuicio de la misma parte, á quien se adhiere. En estos términos se explica oportunamente Don Joseph Suarez de Figueroa *en su tratado de Jure adhærendi cap.* 3. *desde el num.* 8.

43 Ya dexaba dicho en el *num.* 7. del propio capítulo que entre los muchos autores, que habia reconocido, no habia hallado definicion formal que explicase la esencia y partes de la *adhesion*, y procede á definirla en los términos siguientes: *Adhæsio est subsidiarium remedium ratione appellationis omissæ, quo idem, ac per appellationem, ei adhærens consequitur*; y concluye al fin que el que apela y el que se adhiere son de una misma condicion, como si hubieran apelado los dos.

44 Confirmase esta proposicion por los mismos autores que establecen la opinion contraria con la distincion que se ha referido, de apelar indefinidamente de una sentencia que contiene capítulos separados, ó apelar señaladamente de lo perjudicial, y consentir en lo favorable; pues en la primera fórmula va embebida la restriccion

de la apelàcion de los capítulos gravosos, porque no tiene lugar en lo que no hay agravio; y como no hay diferencia entre la restriccion expresa y la tácita, debe tener igual efecto la adhesion en uno y otro caso.

45 Queda pues fundado por los medios y observaciones indicadas que todos los que litigan en qualquiera instancia, si se sienten agraviados en alguna parte de la sentencia, de que no apelaron en el término de la ley, pueden adherirse á la apelacion que interponga la contraria; y resultan al mismo tiempo demostrados los favorables efectos, que por este medio subsidiario concedió por via de regla y ley el Emperador Justiniano en la citada *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*, que son las partes que se propusiéron en este capítulo; en el siguiente se tratará del tiempo en que deben usar del enunciado remedio subsidiario, y del modo con que deben proponerlo.

CAPÍTULO VII.

Del tiempo en que la parte que litiga debe adherirse á la apelacion contraria.

1 Dixe en el capítulo próximo no haber encontrado ley alguna entre las del reyno que permita adherirse á la apelacion; y es consiguiente que no haya alguna que trate de señalar término para el uso de este derecho. Y siendo por otra parte conveniente y necesario determinarlo, así para que sepan los que litigan quando deben usar de este beneficio, como para no dar lugar á que abusando de él conviertan en daño de la causa pública este mismo beneficio, dilatando con malicia los pleytos contra la intencion de las leyes, que tanto recomiendan su brevedad, he creido indispensable declarar en este capítulo un punto, que no tengo por de poco momento.

2 Con respecto á estos dos importantes fines se demostrará por razon, por autoridad y por el uso constante de los tribunales el tiempo preciso, en que deben usar del

del auxilio y remedio subsidiario de adherirse á la apelacion contraria.

3 La *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* señala cinco dias para que aquel que se tuviere por agraviado pueda apelar, los quales han de ser contados desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió el agravio, y llegare á su noticia: "y si así no lo ficiere, que dende en adelante la »sentencia, ó mandamiento quede firme."

4 Este término es comun á todos los que litigan, y qualquiera puede consumirlo en deliberar y elegir si ha de usar de la apelacion, ó aprobar la sentencia; pero si la interponen todos, no tiene lugar el remedio subsidiario; y si lo hacen algunos al fin del término, faltará necesariamente al que quiera adherirse, y seria inútil é irrisorio para este fin. Además de que el colitigante podia aprovechar qualquiera momento, que le quedase para adherirse á la apelacion contraria, para interponer la suya; y teniendo en su mano este medio ordinario y principal, que llena mas cumplidamente la intencion de los que se tienen por agraviados, no permiten en estos casos las leyes que recurran á medios extraordinarios.

5 El remedio de adherirse á la apelacion contraria fué concedido á los que no apelan por la justa causa, que se ha insinuado en el capítulo próximo, de querer acabar los pleytos, aunque sea á costa del daño que les irroga la sentencia, compensando éste con las ventajas que consiguen en no litigar; y solo en el caso de no poder lograr este importante fin, y que obligue la parte contraria con el uso de su apelacion á que la otra siga el pleyto contra sus intenciones, llegó el momento en que puede usar del remedio subsidiario en propia defensa de todos sus derechos; y como la apelacion sola no la pone en la necesidad de seguir la instancia, falta la causa que excite el exercicio del auxilio extraordinario de adherirse á ella.

6 El que apela debe presentarse al superior con el testimonio de la apelacion, que dispone la *ley* 10. *tit.* 18. *lib.* 4, en el término que le señalare el Juez que dió la

sentencia, ó en el que dispone la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* Tambien es del cargo del apelante mejorar la apelacion llevando el proceso al superior, y emplazando á las partes con los términos que las señalare el Juez de apelacion, ó los que estan determinados por las leyes; y en qualquiera de estos trámites que desista el apelante de su intencion, queda la sentencia firme y acabado el pleyto, como se ha fundado en los capítulos segundo y tercero de esta segunda parte, y viene á lograr la parte que no apeló todos sus deseos; convenciéndose por todo que la apelacion forma una instancia incoada, que se va perfeccionando con los trámites sucesivos hasta llegar al emplazamiento de los interesados; y este es el punto en que por necesidad han de continuar el pleyto, y pueden usar en su defensa de los auxilios que les conceden las leyes, siendo uno de ellos el de adherirse á la apelacion contraria para pedir que se reforme lo juzgado en los artículos, que sean gravosos y perjudiciales.

7 Queda al parecer bien demostrado con las razones expuestas que los cinco dias que se conceden para apelar, ó extinguir con su curso el uso de este remedio, no corren al que quiera adherirse á la apelacion contraria, ni pierde este auxilio, aunque no use de él dentro de ellos; y que el primer punto en que puede empezar el término para adherirse es el último dia del emplazamiento.

8 Estas dos partes se prueban tambien por autoridad, considerando en primer lugar la que presenta la citada *ley* 39. *Cod. de Appellationib.*, que en su primera parte trata de los tribunales superiores que conocen de las causas, que vienen á ellos por apelacion, y pueden enmendar la sentencia del Juez inferior; lo qual hacian únicamente á instancia y en favor del que apelaba.

9 En la segunda parte, que es la dispositiva del remedio subsidiario de adherirse á la apelacion, sigue el mismo propósito, y permite su uso quando el apelante viniese á aquel juicio, y propusiese las causas de su ape-

la-

lacion; y como estos dos pasos que deben preceder, y son propios del apelante, debe darlos en el tribunal de la apelacion, que puede conocer de la causa, exâminar las que haya propuesto para justificar su apelacion, y enmendar la sentencia, empieza entónces la licencia que se concede á la contraria para que pueda oponerse á lo juzgado, que es el medio subsidiario de adherirse á la apelacion: *Sancimus itaque: si appellator semel in judicium venerit, et causas appellationis suæ proposuerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, si præsto fuerit, hoc facere, et judiciale mereri præsidium.*

10 Por los mismos respectos se encarga á los Jueces superiores de apelacion que quando viniesen á ellos las causas en que se haya omitido por el inferior la condenacion de costas y daños, esten muy atentos á enmendar en esta parte la sentencia á favor del vencedor, aunque no apelase de ella. Esto es lo que dispone la *ley* 10. *Cod. Quando provocare non est necesse*; conviniendo una y otra para sus respectivos casos en que estos auxilios tienen su exercicio y sus efectos en los tribunales de apelacion, quando el que apela ha llevado á ellos los autos, ha mejorado su instancia, y ha emplazado para ella á la parte que no apeló.

11 La apelacion, que se interpone de juicio acabado, debe ser recibida por el Juez, sin que sea necesario que la parte exprese los agravios ó causas de su apelacion, bastando que se tenga por agraviado, como se dispone en las *leyes* 2. 13. 14. 18. *y* 22. *tit.* 23. *Part.* 3, y en las *leyes* 1. *y* 3. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.*, referidas al propio intento en el capítulo tercero de esta segunda parte; y debiendo empezar el remedio subsidiario de adherirse á la apelacion despues de haber propuesto la otra parte las causas de su apelacion, se hace mas evidente corresponder uno y otro al tribunal del Juez superior.

12 Don Joseph Suarez de Figueroa *en el referido tra-*

tratado al cap. 7. establece sólidamente que el derecho de adherirse á la apelacion no está limitado al tiempo en que debe interponerse la apelacion; y en el *cap. 8. siguiente* demuestra por las razones indicadas que puede y debe hacerlo el interesado ante el Juez superior en el primer escrito que presente, respondiendo y contestando á la pretension del apelante, concluyendo con esta opinion al núm. 52, la qual confirma Pedro Gregor. *Syntagm. jur. part. 3. lib. 50. cap. 2. n. 41. ibi: Communior tamen est sententia, ut sufficiat adhærere coram judice, ad quem provocatum est, ut adhæsio habeat vim ratihabitionis.*

13 Traidos los autos á expensas del apelante al tribunal del Juez superior, los toma aquel, y propone los agravios que ha concebido en la sentencia del Juez inferior, y las causas en que intenta justificarlos para que se enmienden.

14 De este escrito se da traslado á la parte que no apeló, y respondiendo á él se adhiere á dicha apelacion, pretendiendo que la sentencia se confirme en los capítulos que expresa, y le fuéron favorables, y que se estime y declare por nula, de ningun valor, ni efecto, ó revóque como injusta en las partes que le fué perjudicial, señalándolas con ampliacion á la condenacion de costas omitida en la sentencia, y á las que se causaren en la instancia de apelacion.

15 Esta es la forma que observan las partes por uso y práctica comun de los tribunales; y por ellas se confirma ser este el tiempo preciso en que se debe usar del derecho y facultad de adherirse á la apelacion contraria, y oponerse en su conseqüencia á lo juzgado en la parte en que lo considere gravoso, pidiendo se enmiende y reponga declarándola á su favor, segun y como lo pretende y solicita.

16 Si en este tiempo, que es el de la respuesta y contestacion á la pretension del apelante, reduxese la suya á que se confirme la sentencia sin oponerse á ella en parte alguna, extingue el derecho de adherirse, y todos

dos sus efectos; pues se entiende que lo renuncia, y que aprueba la sentencia enteramente sin que pueda despues variar su pensamiento.

17 Por todo lo expuesto se concluye que la razon, la autoridad y el uso constante de los tribunales han señalado el referido término para adherirse á la apelacion contraria; y que pasado sin executarlo, excluye el derecho de adherirse, así como el señalado para apelar extingue este auxilio comun, y pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada.

CAPÍTULO VIII.

De los terceros opositores.

1 De los terceros opositores trataron en general y con diversos respectos muchos autores. El señor Covarrubias *en los capítulos* 13. 14. 15. *y* 16. *de sus Prácticas*: Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 8. *n.* 17: Cancer. *Variar. part.* 2. *cap.* 16: Scacia *de Appellation. q.* 5. *n.* 71. *y* 73. *q.* 12. *n.* 69. *y q.* 17. *limit.* 6. *memb.* 4. *n.* 41: Lancelot. *de Attent. part.* 2. *cap.* 12: Suarez de Figueroa *de Jur. adherend. cap.* 9: Paz *tom.* 1. *part.* 4. *cap.* 4. y otros muchos.

2 Las dilatadas exposiciones, que sobre esta materia hacen los referidos autores con poco adelantamiento de unos sobre otros, traen dos daños muy notables á la causa pública: el uno consiste en el mucho tiempo que se ocupa en leer tan largas y copiosas disertaciones para recoger un corto número de proposiciones, que por repetidas y dispersas por diversos modos en casos particulares dexan poco segura y permanente la memoria de ellas, y se pierde con facilidad sin que se pueda hacer uso oportuno de sus resoluciones y doctrinas en los negocios que ocurren en los tribunales.

3 El segundo daño nace de la obscuridad y confusion, que observan y notan los mismos autores citados.

El

El señor Covarrubias *en el referido cap.* 13. *de suis Prácticas n.* 4. dice: *Cæterum ut hæc materia, quæ satis difficilem habet resolutionem, et practicis est admodum obvia, rectius examinetur*: Salgado *de Reg. part.* 4. *cap.* 8. *n.* 56. *ibi*: *His sic generaliter cognitis, ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant, quæ apud Doctores satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam*; y al n. 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias et dispersas Doctorum doctrinas, quæ ni-miam aliter confusionem pariunt: et etiam doctos solent confusos reddere, et intricare.* Carcer. *Variar. dict. cap.* 16. *n.* 5. propone la qüestion de si el tercero, que se opone al pleyto, debe tomar la causa en el estado en que se halla; y ántes de resolverla dice: *Istam quæstionem non satis aperte à Doctoribus (judicio meo) declaratam, sic resolvo*: Scacia *de appellat. q.* 17. *limitat.* 6. *memb.* 4. *n.* 46. *vers. Verum, ibi*: *Quia materia hujus extensionis est difficilis, et in judiciis admodum frequens, et tamen à Doctoribus non est, prout deberet, bene digesta; nam est de materia cap.* 17. *Cum super. de Sent. et re judicat. ubi.* Abb. *sub n.* 1. *scribit*: *Illam decretalem semper sibi visam fuisse difficilem, tum propter ipsius difficilem materiam, tum propter intricatum modum tradendi ipsam per commentatores: ideo operæ pretium me facturum existimavi, si pro mea tenui facultate nitar aliquid scribere ad tollendam obscuritatem, et intricationem, qua nostrates hac in re loquuti videntur: et quo facilius id consequat, procedam per subextensiones, declarationes, et restrictiones*: Suarez *de Jur. adhærendi cap.* 1. *n.* 9. *ibi*: *Ad hujus quæstionis exactam diligentiam, propter Doctorum confusionem, qui varie loquuntur, scire oportet.*

4. Si todos los referidos autores reconocen y confiesan la obscuridad, confusion é intrincacion con que hallaron escrita esta materia; y siendo su objeto ponerla en la debida claridad, no lo han conseguido, ¿en qué podré yo fundar la esperanza de que tenga mejor suerte la brevedad y claridad en este discurso práctico? Sin embar-

bargo propondré algunos medios, que me parecen nuevos y oportunos para reducir toda esta materia á reglas mas sencillas, de las que podrá hacerse uso en los casos que ocurran.

5 El actor y el reo, demandador y demandado son dos partes esenciales de un juicio; al qual si viene otro litigante, componen el número de tres, y el último recibe con propiedad el nombre de tercero. El que se nombra, ya sea en calidad de perito, ya de Juez para decidir la discordia, ó para mediar en el ajuste ó convenio entre dos, se distingue igualmente con el nombre de tercero; y del mismo modo se usa en el axioma lógico y matemático: *Quæ sunt eadem uni tertio, &c.*

6 Añádese al nombre de tercero el de opositor: porque la pretension del que viene al juicio se ha de oponer necesariamente á la del actor ó á la del reo, y á veces á las dos. En el primer caso se llama tercero opositor coadyuvante, y en el segundo excluyente. De uno y otro trataré separadamente por la notable diferencia que observo entre los dos en el intento de adherirse á la apelacion, que es el primitivo de este discurso, y en los demas efectos generales de asistir y venir al pleyto, cuyo exâmen servirá de preliminar necesario á la inteligencia y claridad de toda esta materia.

7 El que viene al juicio pendiente, y contestado entre otros, debe motivar y fundar su pretension en interes propio; pues si no lo tuviese, ó alegase á lo ménos, aunque quisiera asistir y coadyuvar la instancia de alguno de los dos que litigan, no seria admitido al juicio, y se repeleria inmediatamente su intento á instancia de las partes ó por oficio del Juez con las excepciones: *Sine actione agis*: *Tua non interest*: *Quoad enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.* Todas estas son excepciones anómalas, que usan los litigantes con freqüencia para no contestar las demandas, ó lo hacen en el progreso de la causa para elidir la pretension del actor. En el primer caso tienen estas excepciones el concepto de dilatorias, y en el

segundo el de perentorias; y producen su correspondiente efecto en ámbos, como lo aseguran todos los autores, señaladamente Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 8. *n.* 90. *y siguientes*: Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *q.* 5. *n.* 26. *y* 27. ibi: *Inter exceptiones anomalas enumerari exceptionem solutionis, acceptilationis, præscriptionis, tua non interest, et si quæ sunt aliæ, quæ significant actionem actori non competere, vel sine actione agere, vel quod idem est, perempta actione agere.* Gutier. *Practicar. lib.* 2. *quæst.* 22. *num.* 17. comprueba estas proposiciones como un principio legal con la *ley* 1. *ff. de Appellationib. recipiend.*: *ley* 2. *§.* 1. *ff. Quando appellandum sit*; cuya disposicion se repite en el *canon* 3. *caus.* 2. *qüest.* 6.; y con la misma esencia de la accion, que consiste en lo que se debe ó pertenece; y faltando estos dos objetos no puede haber accion, ni se hallaria que pedir.

8 El interes, en que se funda el tercero opositor para venir al juicio, debe ser positivo y cierto en su existencia, aunque el exercicio para recobrarlo esté pendiente de algun plazo que necesariamente haya de venir, pues la contingencia de que no naciese, ó se hiciese ilusoria la accion sin llegar al efecto de lo que se pretende en juicio, impediria igualmente su entrada y contestacion para no caer en la conseqüencia, que tanto resisten las leyes, de que las providencias judiciales queden ilusorias, conviniendo todas por esta razon en que no se admita, ni forme juicio sobre los derechos futuros, como se expresa en la *ley* 26. *tit.* 4. *Part.* 3, y en la 11. *§. último ff. de Receptis qui arbit.*, y observó Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 14. *n.* 10, de lo qual traté mas largamente en el capítulo segundo, parte segunda, número octavo.

9 Aunque el interes en que deben fundarse los terceros opositores para venir, y ser recibidos al juicio pendiente, puede nacer de diversas causas, (cuyo particular exâmen seria embarazoso, dilatado y confuso) conviene reducirlo por regla general á quatro clases principales.

10 La primera clase es de aquellos terceros que tienen

nen una misma accion *in solidum* ó la propia defensa, que con anticipacion han producido las partes que litigan. La segunda clase es de los que tienen su accion independiente y separada de la que han promovido las partes en el juicio pendiente, aunque la de estos y la del tercero procedan de una misma causa y orígen. En la tercera clase estarán los que tienen accion ó derecho de segundo órden, y quieren venir al juicio entablado ya por aquellos, á quienes toca en primer lugar el uso de la accion y defensa, que quieren coadyuvar por su propio interes los terceros opositores; y en la quarta se comprehenderán los que teniendo el primer lugar en el uso de la accion, ó de la defensa de lo que se disputa en el juicio, quieren venir al que han promovido los interesados de segundo órden, ya lo hagan con noticia de los primeros, ó ya sin ella.

11 Los que estan obligados *in solidum* á dar ó pagar á otro alguna cosa ó cantidad pueden ser demandados cada uno de ellos separadamente por el todo de la deuda á eleccion del acreedor; y en estas circunstancias puede venir á coadyuvar la pretension y defensa del reo que litiga el otro correo por el interes propio, que asegura en la libertad del que estaba litigando: porque la sentencia que contra éste se diere, haciéndola efectiva en sus bienes, perjudicará al otro obligado *in solidum*, aunque no haya litigado en la parte ó porcion que le corresponda, y procederá contra él aquel que la hubiere pagado, ya sea en uso de las acciones que le ceda el acreedor, ó ya por el oficio del Juez.

12 Estas son las disposiciones que por equidad y por justicia han acordado las leyes, siguiéndolas uniformemente todos los autores, señaladamente la *ley* 20. *titul.* 22. *Part.* 3; bien que en el modo y forma de contraerlas para que se entiendan *in solidum*, y en los respectivos efectos de su exâccion se han introducido por las leyes algunas variaciones.

13 Las leyes antiguas de los Romanos no exigian

palabras determinadas ni específicas, que manifestasen la intencion de quererse obligar *in solidum*, teniendo por bastante para este efecto qualquiera otro medio equivalente, ya usando de la distributiva ó ya de la alternativa. Y de qualquiera de estos modos que se celebrasen los contratos, podia el acreedor executar las obligaciones contra qualquiera de los reos, y tambien estaba en su arbitrio hacerlo á prorata contra cada uno de ellos.

14 Esto es lo que en las dos partes enunciadas disponen las *leyes* 3. *y* 4. *ff. de Duob. reis constituend.*, y explicó con solidez y claridad Vinnio sobre el *texto preliminar del tit. de Duobus reis stipulandi, et promittendi, núm.* 2. *vers. Illud tenendum est*; y en el §. 1. *siguiente num.* 1.

15 La *Novela* 99. *en su* §. 1, de donde se formó la *Auténtica*: *Hoc ita. Cod. de Duob. reis.*, introduxo dos especiales novedades: una reducida á que no se entendiese contraida la obligacion *in solidum* por ningun modo ni forma á no ser que expresamente dixesen los contrayentes que querian obligarse *in solidum*: otra que aun en estos términos no fuese executiva la exâccion de todo lo prometido contra uno de los correos, siempre que usase de la excepcion de que solo pagase á prorata, y que procediese el acreedor por la parte restante contra el otro obligado, salvo que alguno de ellos fuese insolvente, ó se hallase ausente.

16 La primera nueva disposicion pudo tener por objeto muy suficiente y digno el evitar las dudas y disputas que fácilmente podian excitarse sobre la inteligencia de las palabras, queriendo los reos reducirlas á una obligacion sencilla é individua en su orígen, y los actores extenderla á que fuese *in solidum*; y estando en la potestad y arbitrio de los contrayentes dar la ley clara á sus convenciones, no era justo el que quedasen en obscuridad, debiendo interpretarse en qualquiera duda á favor de los reos por la obligacion simple, y contra el acreedor, que la deseaba *in solidum*.

La

17 La segunda parte se funda en dos principios de equidad; pues el acreedor puede exìgir y recobrar todo su interes de los dos correos, demandándolos al mismo tiempo y en un propio juicio, sin que alguno de ellos tenga el quebranto de pagar por entero, y repetir despues del otro lo que á prorata le corresponde.

18 Las referidas variaciones en las dos partes insinuadas se hallan admitidas y autorizadas por las leyes del reyno. La *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* dispone: "Que si dos personas se obligaren simplemente por con»trato, ó en otra manera alguna para hacer, y cumplir »alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiendan »ser obligados cada uno por la mitad." Lo mismo se halla dispuesto por la *ley* 8. *tit.* 12. *Part.* 5; y por una y otra se manifiesta que el medio de obligarse unidamente dos ó mas personas no induce el gravámen de que se entienda cada una obligada por el todo, sino en aquella parte que le corresponda, como si literalmente la hubiesen señalado.

19 Para quitar toda duda en esta inteligencia se explicáron las citadas dos leyes con la restriccion de que solamente se entendiese cada uno obligado por el todo, quando lo expresasen en sus convenciones; pero si estos obligados *in solidum* renunciasen en el mismo contrato el beneficio de la division, queriendo que el acreedor pueda exìgir de cada uno el todo de la deuda, entónces no podrán usar de este auxìlio, porque resultaria y cederia en daño del acreedor, y se caeria en el inconveniente de abrigar el dolo y mala fe de los que vienen contra su propio hecho.

20 Por el resumen de esta materia se demuestra que qualquiera de los obligados *in solidum* puede venir al juicio pendiente con el otro, porque en todos los casos referidos tiene interes propio para coadyuvar la defensa, y oponerse á la instancia del acreedor.

21 Quando los tutores son dos ó mas, reciben su autoridad y obligacion individua á cuidar y responder

de

de la persona del pupilo y de sus bienes, haciéndose responsables á todos los perjuicios que le resultasen por dolo, culpa lata ó leve de los mismos tutores, quienes deben prestar aquella misma atencion y diligencia, que prestarian para conservar y aumentar sus propios bienes.

22 De esta uniforme obligacion de los tutores, que empieza en su nombramiento, y se perfecciona con la aceptacion y discernimiento de su cargo, no se exôneran, aunque por sus convenciones distribuyan entre sí la administracion de los bienes del pupilo, y aunque los encarguen á uno solo; pues quedan los demas igualmente responsables, y no se disminuye la accion *in solidum*, que compete al menor contra qualquiera de ellos, viniendo á ser unos correos de deber, obligados *in solidum* por la convencion tácita que incluye el nombramiento, aceptacion y discernimiento de su cargo.

23 Las dos proposiciones referidas tienen su comprobacion literal en las leyes y en los autores: la 1. §. 10. *y siguientes ff. de Tutel., et rationib. distrahend.*: la 55. *de Administrat. et periculo tutor.*: la 2. *Cod. de Dividen. tutel. in fin.* ibi: *Si vero ipsi inter se res administrationis diviserunt: non prohibetur adolescens unum ex his in solidum convenire; ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat*: la 21. *ff. de Tutel. et rationib. distrahen.*: la 2. *Cod. de Heredib. tutor.*: la 12. *Rem pupulli salvam fore*: Olea *tit.* 5. *q.* 7: Salgad. *Labyrint. part.* 2. *capit.* 12: Gutierr. *de Tutel. p.* 1. *cap.* 15.

24 Así como las leyes y los autores citados reconocen en los pupilos una accion *in solidum* contra qualquiera de sus tutores para pedir y recobrar, acabada la tutela, los daños que hayan padecido sus bienes por dolo ó culpa de los tutores, conceden igualmente á estos los competentes auxilios de equidad, con que puedan templar el rigor de la justicia sin agravio de los menores.

25 Los tutores pueden usar por via de excepcion del beneficio del órden, obligando al menor á que demande en primer lugar al tutor que administró los bienes de la tu-

te-

tela, y no empezar por el que por convencion de los mismos tutores no se mezcló en ella.

26 Tambien compete á los tutores el beneficio de la division, por el qual logra el tutor, que ha sido demandado *in solidum* por el menor, que comprehenda tambien á los otros que igualmente administráron siendo solventes; pues por este medio conseguirá recobrar todo su interes á prorata de los tutores.

27 Puede tambien el tutor demandado *in solidum* pedir al menor al principio del pleyto, y ántes de hacerle el pago, que le ceda sus acciones contra los otros tutores; y deberá hacerlo, ó en su defecto será removido de su demanda con la excepcion de dolo. Y si el tutor demandado *in solidum* no usase por su órden y en los casos y tiempos oportunos de los beneficios explicados, aun le quedará el auxîlio de recurrir al Juez, usando de las acciones útiles, para que compela á los otros tutores á que le reintegren de lo que pagó en la parte que á cada uno corresponda: porque no permite la equidad con que debe ir templada la justicia, que siendo una misma la obligacion de los tutores, y la causa de que procede, fuese desigual el efecto, sufriendo uno solo el daño, y gozando los demas de la impunidad de su culpa.

28 Todas estas quatro excepciones confirman la regla de que la obligacion en su orígen y causa es individua, y la accion del menor es *in solidum*; y que usando de ella contra qualquiera de los tutores, pueden los demas, aunque no sean citados, venir al juicio por su propio interes, que es bien notorio en los dos casos contenidos en esta primera clase; pues viniendo al juicio en tiempo oportuno, como se dirá, tienen los terceros opositores su defensa con el litigante que coadyuvan, y pueden hacerla baxo de un procurador y escrito; y quando las partes no se conviniesen en esta union, lo manda el tribunal, atendiendo á la brevedad de los pleytos, excusándose por este medio de muchos gastos, no solo los que coadyuvan, sino tambien la parte contra-

traria; y esto es un interes privado y público.

29 Tambien es de gran interes anticipar sus defensas ántes de las sentencias; pues si llegasen á causar executoria contra la parte que litiga, se imposibilitaria ó dificultaria mas la defensa de los correos, cuya obligacion nace del mismo orígen y causa; y aunque las sentencias no tomasen este último grado de autoridad, siempre dan bastante probabilidad á favor de la justicia, y con ella debilitan el concepto del derecho de la parte contraria, y el de los coadyuvantes que vienen despues de ella. Y por estas consideraciones, y otras que son bien obvias, no puede dudarse que los correos de deber, en cuya clase vienen á estar tambien los tutores, tienen derecho propio para venir al juicio que se ha contestado por qualquiera de sus socios, que haya sido demandado.

30 Los herederos suceden por iguales partes en los bienes y derechos de la herencia, salvo si el testador dispusiese otra cosa. La ley hace esta division por su ministerio, siguiendo siempre en ella la voluntad del difunto: porque si este la explicó señalando partes diversas, la hace guardar y cumplir: si fuéron iguales, las lleva tambien á debida execucion; y quando no las señala, se entiende que quiere que sucedan por iguales partes.

31 Estas son unas proposiciones, que forman principios ciertos en la Jurisprudencia, porque estan autorizadas por repetidas leyes de todos los tiempos; y de estas causas nacen dos efectos igualmente ciertos y uniformes: uno que aunque el orígen del derecho de los herederos es uno, representan separadamente la persona del difunto en sus derechos activos y pasivos, y se estiman como diversos para todos los efectos de esta sucesion: el segundo es conseqüencia del antecedente, y consiste en que cada heredero solo puede ser demandado por el acreedor del difunto á prorata de aquella porcion de herencia que ha recibido; y la sentencia que se diere contra uno de los herederos, no hace cosa juzgada con los otros, y entra la regla de que *res inter alios acta aliis non nocet.*

Por

32 Por el contrario el heredero no puede demandar al deudor del difunto sino á prorata de la porcion que recibe de la herencia, y procede de la misma regla en quanto á que la sentencia, que es dada contra el deudor, no aprovecha á los coherederos, ni la que absuelve al deudor les perjudica.

33 Las dos proposiciones antecedentes se hallan declaradas y autorizadas expresamente en la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3; la qual en su principio establece la regla de que el juicio que fuere dado contra alguno no empece á otro; y limitándola en el progreso en varios casos, refiere entre ellos que si alguno de los herederos de algun deudor fuere demandado en juicio, y se diere sentencia contra él, no perjudica á los otros herederos del mismo deudor, aunque fuese dada sabiéndolo ellos, y no contradiciéndolo; y lo mismo dispone la ley en el caso opuesto de que un heredero del acreedor demandase al deudor del difunto, y fuese vencido el actor; pues no perjudica esta sentencia á los otros herederos en quanto á la parte que les cabia en aquella deuda por razon de los bienes del difunto.

34 A la tercera clase de terceros coadyuvantes, que tienen interes y accion de segundo órden, corresponden los inmediatos sucesores á los mayorazgos, y los herederos que son substituidos: porque los juicios empiezan, se continúan y acaban con los actuales poseedores de los mayorazgos, y con los herederos instituidos como principales en el órden, y en el derecho que se disputa sin necesidad de citar á los de segundo órden, que tienen un interes mas remoto. Esta es una proposicion autorizada por las leyes y los fundamentos que refiere Molin. *de Primog. lib.* 4. *cap.* 8. *desde el n.* 3, citando entre otros autores al señor Covarrubias *en el cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 6; y de la misma opinion es Antonio Gomez *sobre la ley* 40. *de Toro n.* 73; pero si estos de segundo órden quisiesen venir al juicio con los del primero, pueden hacerlo, como lo aseguran los referidos au-

tores : porque tienen el mismo interes que los legatarios en hacer mas vigorosa y á ménos costa su defensa, precaviendo el perjuicio, que no podrian reparar despues de executoriada la instancia con los principales.

35 La quarta clase de los terceros opositores, que pueden venir al juicio, se manifiesta en los casos siguientes : el comprador adquiere el dominio de los bienes que se le venden, quando lo tenia el vendedor, y faltándole recibe solamente la posesion libre y desembarazada de todo detentador, que es lo que basta para la legitimidad de este contrato, sirviendo al comprador la misma posesion, con la buena fe de los contrayentes, de fundamento para adquirir con el tiempo señalado en las usucapiones el dominio, que no se le habia trasladado por el principal titulo de compra y venta.

36 Este es un supuesto de regla y de ley, al qual se añade otro igualmente seguro, y se reduce á que quando alguno pretende el dominio de los bienes comprehende en su demanda dos partes : una que se declare su pertenencia, y otra que se le restituyan con los frutos pendientes y vencidos. La primera parte sirve como un preliminar ó medio para llegar al fin que intenta, y la que es segunda en la execucion y cumplimiento de su instancia viene á ser la primera y mas principal en la intencion del actor ; quien por estos principios la debe dirigir contra los que estan en posesion de los bienes, porque son los que únicamente pueden cumplir lo que desea el demandante, restituyéndole los bienes con los frutos que hubiesen percibido. Así se dispone en la *ley* 29. *tit.* 2. *Part.* 3. *ibi*: "Tenencia, ó señorío, queriendo demandar un ome á otro en juicio, en »razon de alguna cosa, devela pedir á aquel que la fallare." Lo mismo se dispone en la *ley* 25. *ff. de Obligat. et Actionib.*, y en la 36. *ff. de Rei vindicat.*, exponiéndolas, como unos principios que gobiernan seguramente en esta materia, Vinnio *al §.* 1. *vers.* 16. *y* 17 *de Actionib.*

Cons-

37 Constando por estos antecedentes que el comprador es la parte principal en el juicio de reivindicacion, si lo dirigiese contra el vendedor, ya sea porque ignorase la venta que habia hecho, y le considerase en posesion de los bienes, ó ya porque entendiese con error que vencido el vendedor caducaba en su orígen el derecho del comprador, la sentencia que se diere en este juicio sin noticia del mismo comprador no le perjudicaria; pero si la tuviese cierta y segura de aquel juicio, y permitiese su seguimiento con el vendedor, le perjudicaria la sentencia, porque se estima que por su consentimiento tácito hace al vendedor procurador y defensor suyo. Estas son las disposiciones que en las dos partes insinuadas contiene la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3; pero en los dos casos referidos puede salir al juicio por su propio derecho, coadyuvando la pretension del vendedor.

38 Si el acreedor recibe á empeño y por prenda para seguridad de su crédito algunos bienes del deudor, no solo adquiere un derecho real con los efectos de preferencia en sus casos, sino tambien en la posesion de los mismos bienes, que se le entregan por el referido título de empeño ó prenda. Así se dispone en la *ley* 14. *tit.* 13. *Part.* 5: en la 35. §. 1. *ff. de Pignoratit. action. ibi*: *Pignus, manente propietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem*: *ley* 40. *eod. tit.*, y la 16. *ff. de Usucap.*

39 Por conseqüencia de las doctrinas referidas si alguno, titulándose dueño de los bienes que se diéron en prenda, intentase recobrarlos, usando de la accion real vindicatoria, debe introducir su demanda contra el acreedor que tiene la posesion, siendo éste la parte principal, á quien corresponde en primer órden la defensa de su derecho; pero si el actor se desviase de esta regla, y demandase al deudor que habia empeñado los bienes, la sentencia que se diere en este juicio no perjudicará al acreedor, salvo que con noticia del pleyto consintiese que el deudor lo continuase, que es la excepcion misma fundada en las propias razones que se han explicado en el

caso del comprador, verificándose igualmente en éste el derecho y facultad de venir al juicio en calidad de tercero coadyuvante del deudor, que lo habia empezado y seguido, que es el segundo caso correspondiente á la quarta clase propuesta de los que siendo principales en el órden y defensa de su derecho, procedente de los que litigan, pueden venir al juicio empezado. Así lo dispone la citada *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3, y la 63. *ff. de Re judicat.*, de las quales traté mas particularmente en el capítulo doce, parte primera con motivo de la doctrina, que en su oposicion expone el señor Covarrubias al *cap.* 13. *de sus Prácticas n.* 7.

40 Los terceros opositores excluyentes forman la segunda parte en este capítulo; y convienen con los coadyuvantes en el nombre de llamarse terceros, en el de ser opositores, y en que necesitan proponer ó excepcionar interes ó derecho propio para ser recibidos al juicio; pero se diferencian esencialmente en que la pretension del tercero excluyente es incompatible con las que han producido los otros litigantes, y es independiente de sus respectivos derechos.

41 Para conocer esta clase de terceros opositores usa el señor Covarrubias en el *cap.* 14 *de sus Prácticas n.* 4. de un exemplo por mas freqüente en los tribunales, que se reduce á que pretendiendo el actor se declare á su favor el dominio de los bienes, de que otro tiene posesion, condenándole á su restitucion con los frutos, viene á este juicio pendiente otra parte con igual pretension de dominio y restitucion, excluyendo necesariamente la intencion de los dos que litigan; pues como el dominio de las cosas no puede estar á un mismo tiempo en dos personas, se intentan excluir los litigantes, porque cada uno solicita ser dueño *in solidum* de los bienes que pretenden recobrar.

42 En la misma clase de terceros opositores excluyentes deben considerarse los que vengan al juicio pendiente, que tenga igual incompatibilidad, aunque el de-

re-

recho que se propone sea dirigido á la posesion de los bienes, ó á la preferencia en ellos, y en el pago de los créditos personales; pues aunque sea cierto, y confiesen las partes la legitimidad de sus respectivos créditos, si se intenta hacer el pago á uno de ellos, ó lo solicita en el juicio pendiente, puede venir á él qualquiera otro acreedor, excluyendo la preferencia del que la solicitaba; y con razon se ha de tener por tercero excluyente.

43 Del tiempo y estado de las causas en que pueden venir los terceros opositores, ya sean coadyuvantes ó excluyentes, y del progreso que deben tener sus instancias, se va á tratar en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO IX.

Del tiempo en que pueden venir al pleyto los terceros coadyuvantes.

1 El tercero coadyuvante se reputa por una misma persona con el principal que litiga: su intencion y espíritu es uno mismo, y se reunen por todos respectos las tres identidades de persona, de accion y de causa, que forman su continencia.

2 Con estas expresiones se explican los autores, conviniendo todos en la seguridad de la proposicion antecedente: Suarez de Figueroa *de Jur. adhær. cap.* 15. *n.* 15. *ibi*: *Idem est spiritus tertii coadjuvantis, eademque intentio, et eadem persona reputatur cum principali; et ideo utriusque jus idem considerandum est*: Menoch. *cons.* 488. *n.* 4. *et.* 5. supone la continencia de la causa entre el principal y el tercero, y da la razon: ibi *Quia est eadem, et de eodem statu, et eadem sententia definiri debet*; y lo mismo repite en el *cons.* 421. *n.* 66: Guzman *de Eviction. q.* 6. *n.* 1. *ibi*: *Quia venditor est quasi procurator emptoris, imo una est emptoris, et venditoris persona*: Larrea *allegat.* 79. *n.* 20. *Et pro una, et eadem persona cum principali censeatur, quemadmodum si idem tertius judicium, et causam inciperet*: Her-

Hermosil. á la *ley* 33. *tit.* 5. *Part.* 5. *glos.* 1. 2. 3. *n.* 5. *et* 7. *Nam una est, et eadem persona emptoris, et venditoris*; y lo mismo repiten todos los autores que tratan de la materia, que son en número asombroso, y hacen muy largas y prolixas disertaciones y discursos.

3 De la proposicion antecedente se deducen unas conseqüencias naturales y sencillas, que ponen en suma claridad las reglas, con que deben gobernarse las instancias y pretensiones de los terceros coadyuvantes: la primera que puede salir á la causa en qualquiera estado en que se halle pendiente, ya sea en primera instancia ó en las ulteriores hasta que se haya causado executoria, y tambien puede hacerlo en la execucion de la cosa juzgada: la segunda que si estuviere ya acabado el juicio con el principal que litigaba, no puede verificarse que el tercero sea coadyuvante: la tercera que no puede suspenderse el curso de la causa pendiente, retroceder, alegar, ni probar lo que por ser pasado el término señalado al principal, ó por qualquiera otro motivo estuviese prohibido al que litigaba.

4 Los casos y exemplos manifestarán esta verdad; pues si viniese al juicio el tercero, pendiente el término de prueba, podrá hacer por sí la que estime conveniente por testigos ó instrumentos, aunque el principal tenga ya hecha la suya; pero si hubiese pasado el término, y estuviese hecha publicacion, no tendrá facultad el tercero para alegar, ni probar en aquella instancia, y solo podrá executarlo en la segunda, arreglándose en todo á lo que dispone la *ley* 4. *tit.* 9. *lib.* 4. *Rec.*; y lo mismo sucede en quanto á la presentacion de instrumentos, segun disponen las leyes con respecto á los principales que litigan, remitiéndome en quanto á su inteligencia y observancia á lo que con mas extension expuse en los capítulos ocho y nueve de la primera parte.

5 Si estuviese ya dada la sentencia quando sale el tercero, puede interponer por sí apelacion de ella, haciéndolo dentro de los cinco dias que señalan las leyes, que se

se han referido con su propia inteligencia en el capítulo segundo de esta segunda parte; y si el principal, á quien coadyuva el tercero, hubiese apelado en el término prescripto, puede hacerlo tambien por sí propio el coadyuvante, ó adherirse á la apelacion interpuesta por su principal, ó á la que hubiese introducido la parte contraria; advirtiendo que para usar de este remedio, y adherirse á la apelacion de alguno de los litigantes, no está ceñido el tercero al término de los cinco dias, sino que puede hacerlo despues por todo el tiempo que pendiese aquella apelacion, y no se hubiese separado de ella el que la interpuso, ó dexado desierta, segun y en la forma que se explicó esta materia en el capítulo septimo de esta segunda parte.

6 Quando el tercero no viene al pleyto en el estado que se ha referido, y si en la segunda ó tercera instancia, la sentencia que se diere contra el principal causa el mismo efecto con el coadyuvante, como si éste hubiese empezado y continuado el juicio, verificándose que la que es segunda ó tercera sentencia para el principal lo es tambien para el coadyuvante.

7 Ultimamente puede salir el tercero en la via executiva, ya proceda de cosa juzgada ó ya de instrumento público, y oponer las excepciones modificativas, y usar de los recursos de nulidad ó exceso, segun lo podria hacer el principal litigante; y si éste se apartase de la causa despues que el tercero empezó á coadyuvarla, no le puede impedir su progreso y continuacion por el propio interes en que la funda: porque es compatible que para empezarla penda de la existencia de la accion ó defensa intentada por el principal, y no tenga igual dependencia en su conservacion, como se demostró en el capítulo antecedente.

8 Todo lo que se ha referido por reglas y principios de esta materia es comun á los terceros coadyuvantes, ya lo sean de segundo órden ó de primero, ó ya de aquellos que tienen igual derecho independiente en su cau-

causa y en sus efectos; pues aunque estos no quedan expuestos á sufrir perjuicio considerable en la sentencia que se diere contra el que litigaba, por el mismo hecho de venir á coadyuvarle en el propio juicio, se ofreciéron y sujetáron á todas las leyes, que estan dadas para los terceros de esta clase, y que tomáron este medio por mas á propósito para mejorar y justificar su accion y defensa con el auxìlio del que litigaba, y á ménos costa que si lo hiciera en juicio separado, que es de lo que se ha tratado con particular discusion en el capítulo octavo de la parte segunda, entendiéndose que renuncia el derecho que tenia para litigar separadamente.

9 Este es el resúmen de las prolixas, confusas y dilatadas exposiciones, que forman los autores acerca de este artículo, fundándose principalmente en la *ley* 15. *titul.* 10. *lib.* 2. *Recop.*; la qual en su primera parte dispone lo conveniente acerca de las recusaciones, que puede hacer el principal que litiga, prueba de las causas en que la funda, con lo demas que refiere; y tratando despues del tercero opositor dice lo siguiente: "Y asimismo declaramos, que quando algun tercero opositor, que fuere en »algun pleyto, que uviere venido á él á coadyuvar al »principal, tome el pleyto en el estado que lo hallare; »y no pueda recusar, sino en el caso, ó casos que el »principal puede recusar, conforme á las leyes, y no en »otra manera."

10 Fúndanse tambien los expresados autores en el *cap.* 2. *Ut lite pend. in Sext.* ibi: *Sane si ad defensionem ipsius litis, aliqui, quorum intererit, petierint se admitti; eos in illo statu, in quo ipsam invenerint, decernimus admittendos*; y en la *ley* 2. *ff. Quando appellandum sit*; cuyas disposiciones siguiendo ellos con uniformidad reducen con la misma su opinion á que los terceros coadyuvantes no pueden variar el estado en que hallan el pleyto quando vienen á él. Esto es lo que dicen el señor Covarrubias *cap.* 13. *de sus Práctic.*: Larrea *alleg.* 79. con todos los demas que refieren.

Por

11 Por algunos pasages, que exponen los mismos autores con obscuridad, y sin aquella exâctitud que es correspondiente á los casos en que han venido, ó pueden venir al pleyto los terceros coadyuvantes, parece que se comprometen con las réglas indicadas; y es preciso poner en toda claridad sus opiniones.

12 El señor Covarrubias en el principio del citado *cap.* 13. establece la regla de que el tercero que quiere proseguir ó defender la causa empezada por otro litigante, solo puede ser admitido en el estado en que puede el principal continuarla. No distingue este sabio autor especie alguna de terceros coadyuvantes, y por su generalidad se entienden comprehendidos todos los que vinieren al pleyto con el fin de coadyuvar y defender la causa del principal por su propio interes.

13 En el *núm.* 1. empieza el señor Covarrubias á probar la enunciada regla, y refiere dos exemplos: uno del vendedor respecto del pleyto pendiente con el comprador, y otro de los legatarios en el suscitado contra el heredero escrito; y como estos dos exemplos se adaptan á los terceros que tienen derecho de segundo órden, quienes estarán necesariamente por la sentencia que se diere contra los principales, ya tuviesen noticia del pleyto, ó ya lo ignorasen, podrian de aquí tomar ocasion algunos para entender que la regla general, que dexaba sentada en el principio de este capítulo, se limitaba á los exemplos referidos.

14 En el mismo *n.* 1. *vers. Primum*, supone tambien el enunciado autor que este tercero coadyuvante puede alegar y probar quanto conduzca á la defensa del principal, haciéndolo dentro de los términos concedidos por el Juez ó por la ley al mismo principal: ibi: *Ex his colligitur hunc tertium oppositorem posse in hac defensione allegare, et probare omnia, quæ principalis nec allegavit, nec probavit, si ea sint ad causæ defensionem conducibilia*; siendo de notar que la expresion *hunc tertium* suena como una nueva restriccion á los dos casos que dexaba referi-

dos; y al fin concluye con la siguiente limitacion: *Etenim nemo ex his dubitavit, hanc opinionem veram esse, quoties tertius hic oppositor vult allegare, et probare intra diem à judice, vel à jure datum principali ad allegandum, et probandum*; en cuyo pasage vuelvè á repetir las palabras *tertius hic*, que dicen positiva referencia á los dos casos próximos del vendedor y de los legatarios.

15 En el núm. 2. excita el mismo autor la duda de si este tercero opositor podrá alegar, probar y producir testigos en el pleyto despues de la publicacion; esto es, en aquel tiempo en que el reo principal no podia hacerlo, habiendo ignorado hasta entónces el tercero que estuviese pendiente el pleyto con el principal, y que éste hubiese presentado sus testigos. Por la parte afirmativa cita Covarrubias á Bártulo y otros, y refiere sus fundamentos; por la contraria cita á Inocencio y otros, cuya opinion admite por mas probable y recibida constantemente en los tribunales supremos; y para satisfacer á los fundamentos de la opinion de Bártulo y sus sequaces, hace uso de los dos mismos casos del vendedor y de los legatarios; pareciendo por esta continuada explicacion que quiere restringir la regla, de que el tercero coadyuvante tome la causa en el estado en que la halle, sin deber ser admitido á probar fuera del término en que puede hacerlo el principal, á solos los terceros de segundo órden, como lo son el vendedor y el legatario.

16 Bien conoció el señor Covarrubias que de estos pasages tomarian algunos motivo para inferir que su opinion se reducia á los terceros defensores, á quienes, aun ignorando la causa pendiente, les perjudicaba todo lo obrado con los principales litigantes; y así se explicó proponiéndose este mismo argumento en el *cap.* 14. *n.* 3. ibi: *Quod si quis exactius distinguens, quæ diximus proximo capite adversus Bartul., et alios, existimaverit nostram hac de re sententiam tunc obtinere, cum huic tertio defensori, etiam ignoranti, præjudicat res inter alios acta: quemadmodum, et nos palam sensimus, quasi secus sit, ubi huic tertio defensori non*

non nocent inter alios acta. En satisfaccion ó explicacion de esta dificultad dice que no rehusará exâminar esta controversia, reducida á si el tercero defensor, á quien no perjudican los autos obrados entre otros, ya tenga noticia de ellos, ó ya los ignore, debe tomar la defensa del pleyto en el estado que tiene al tiempo de su oposicion.

17 Estos terceros son los coherederos ó los comprehendidos en una obligacion general sin el aditamento de que sean *in solidum*; pues los autos seguidos por uno de los herederos no perjudican á los otros, ya ignoren, ó ya tengan noticia de ellos, sucediendo lo mismo á los obligados generalmente, como se ha fundado en el capítulo anterior.

18 Los principales que tienen la defensa de primer órden, como son el comprador, el heredero escrito y el poseedor del mayorazgo, si ignoran el pleyto pendiente con los interesados de segundo órden, quales son el vendedor, los legatarios y el inmediato sucesor, segun se ha demostrado tambien en el citado capítulo próximo, no reciben perjuicio en sus derechos, y los conservan íntegros para usar de ellos en juicio separado; y por este respecto vienen estos igualmente para este caso de ignorancia á la qüestion que propone exâminar el señor Covarrubias, y los debe comprehender su resolucion, que se reduce á que han de tomar la causa en el estado que tiene al tiempo de su oposicion, sin que puedan presentar testigos despues de la publicacion, ni alegar, si estuviese conclusa: porque en uno y otro caso no podia hacerlo el principal litigante.

19 Por este órden, con que se han referido los terceros opositores coadyuvantes, queda demostrado que en la opinion del Señor Covarrubias ninguno puede exceder en el tiempo, y estado propuesto de la publicacion y conclusion, de las facultades correspondientes á los principales; deduciéndose que los exemplos que señaló en el *cap.* 13. *nn.* 1. *y* 2. no se dirigiéron á coartar la regla general que en su principio dexó establecida, comproban-

do este concepto la remision que hace al capítulo último: *Ut lite pendente. in Sext.*, cuya decision es general á todos los terceros opositores coadyuvantes, y la razon que añade inmediatamente, ibi: *Si quidem ipse vult judicium à reo cœptum prosequi, et defendere*; la misma que repite con igual generalidad en el *cap.* 14. *n.* 3. en su principio y fin, viniendo á contestar por la union de sus consideraciones que el tercero, que viene al juicio con el fin de seguirlo, ratifica y aprueba lo obrado por el principal, como si el mismo tercero lo hubiera empezado, que es el modo con que se explican uniformemente los autores referidos en el capítulo próximo.

20 Si el tercero, que viene al juicio despues de la publicacion ó conclusion, fuere menor de veinte y cinco años, podrá usar del remedio de la restitucion para probar y alegar lo conveniente á su derecho. Esta es una limitacion de la regla insinuada; y poniéndola el señor Covarrubias como general y comprehensiva de todos los terceros que sean menores, como se advierte en el capítulo nono de la primera parte, dá una nueva prueba de que estaban en la regla los mismos terceros de qualquiera clase que fuesen.

21 Luego que el tercero opositor viene al juicio empezado con otro, se hace parte formal por el propio interes que motiva su instancia, y á cuya defensa se dirige como objeto principal en su intencion; pues el vendedor, aunque sea interesado de segundo órden, solicita que se estime y declare haberle pertenecido el dominio de la cosa vendida, y que lo trasladó legitimamente en el comprador, y lo mismo hace este en su pretension; viniendo los dos por este medio á excluir de la suya al que intenta vindicarla.

22 En este supuesto debe comprehender la sentencia á los tres, facilitándoles la misma facultad de apelar de ella, no ya como tercero sino como parte formal del juicio, del mismo modo que si el vendedor lo hubiera empezado por sí solo sin que en el acto de apelar sean adap-

adaptables las reglas de los terceros coadyuvantes. Esta es una proposicion que conviene á todos, y solo pueden considerarse con la calidad de terceros, quando no han salido al pleyto ántes de la sentencia dada en la primera instancia; y en este solo caso tiene lugar la apelacion que interpone el tercero coadyuvante, y no puede hacerlo sino del mismo modo que el principal, y dentro de igual término señalado por las leyes. La qüestion, que excitan algunos autores, queda reducida á saber y determinar el dia en que empiezan á correr al tercero los que conceden las leyes para apelar de las sentencias difinitivas.

23 El señor Covarrubias en el *cap.* 15. *de sus Prácticas n.* 2. trata de los terceros coadyuvantes, á quienes por su propia naturaleza perjudica la sentencia que es dada contra el principal que litiga, aunque la ignoren aquellos; y es de opinion que para reparar y suspender sus efectos con respecto á su propio interes, deben apelar dentro de los diez dias contados desde que llegue á su noticia positiva; de manera que puede verificarse haber pasado en autoridad de cosa juzgada con el principal por no haber apelado en el término que le empezó á correr desde la noticia de la sentencia, y llegando despues á la del tercero, usar este de su apelacion en los mismos diez dias que empiezan á contarse desde entónces. Este es el resumen de la opinion del señor Covarrubias que contrae oportunamente al legatario respecto del heredero escrito, que fué vencido en su causa; cuyo dictamen deduce del que formó anteriormente Alexandro en la *ley* 63. *de Re judicat.* Los fundamentos de este autor no eran de mucha solidez; pues estuvo perplexo algun tiempo el señor Covarrubias para decidirse por ellos; pero al fin se resolvió por esta opinion, sin haber ley ni canon que la autorizase, y se acogió al auxilio de los discursos y razones que forma en el citado *n.* 2. Este respetable exemplo fué trayendo á su partido otros muchos autores, llegando á formar el grande

nú-

número de estos opinion comun en este artículo.

24 Otros autores siguiéron la opinion contraria reducida á que estos terceros solo podian apelar en el mismo término que corria á los principales; y hubo tambien algunos que perplexos en las dudas, que concebian, no se atreviéron á decidirse por alguna de las dos opiniones referidas, como pueden verse en la adicion de Faria al citado *cap.* 15. *n.* 5. *y siguientes.*

25 Por estas observaciones se manifiesta la libertad, con que tomáron su partido los citados autores sin sujecion á leyes ni á cánones, (pues no los hay que determinen este punto) y la que puede tomarse para buscar la verdad por los medios que se consideren mas sólidos á beneficio de la causa pública, pues como decia San Agustin *lib.* 3. *de Baptism. cap.* 3. *Nec nos deterret cujuscumque Doctoris, etiam sublimis, auctoritas, ut contra illam veritatem non indagemus.*

26 El caso que da motivo á esta qüestion tan difusa y prolixamente exâminada por los citados autores, ó no tiene uso en los tribunales, ó sucede rara vez; y á la verdad yo no he visto usarlo en los de la corte, ni tengo noticia que se haya excitado en ellos, ni en los establecidos fuera; y me persuado que sea este el motivo de no haberse establecido ley que determine su resolucion: porque es mas propio publicarlas para los casos comunes que para los raros y extraordinarios.

27 Si se consideran atentamente las circunstancias de los terceros coadyuvantes, á quienes perjudica la sentencia por su naturaleza, prescindiendo de su ignorancia, casi se llegará á una demostracion de que no pueden estar en los términos precisos de la qüestion propuesta. El que demanda al comprador, que está en posesion de los bienes, el dominio de ellos y su restitucion por el título y causa que debe expresar, obliga al Juez á dar traslado, y emplazar al mismo comprador con el término que le pone, ó el que señalan las leyes. El comprador viene al juicio por su persona ó por otra con po-

poder bastante, toma los autos, contesta á la demanda, pide se le absuelva, y alega el título y causa en que se funda con lo demas que estima conveniente á su defensa; y por un *otrosí* pide que se cite y emplaze al vendedor, con lo qual satisface su obligacion, y precave las resultas del juicio: porque en este contrato se pone comunmente el pacto expreso de la eviccion y saneamiento del vendedor; y así consta de las fórmulas de las mismas escrituras, que extiende la *ley* 56. *tit.* 18. *Part.* 3, y de otras muchas que tratan de este contrato, no siendo necesario incluir, ni expresar este pacto de eviccion, porque viene por su naturaleza, como se expresa en la *ley* 32. *tit.* 5. *Part.* 5. y en la 6. *Cod. de Evictionib.* ibi: *Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem*; y esto es comun en todos los contratos de buena fe, á los quales vienen todos los pactos y convenciones que regularmente se expresan, aunque se hayan omitido en algunos.

28 Hay una citacion ó denunciacion, que el Juez manda hacer al vendedor á instancia del comprador en el principio del pleyto, y quando mas tarde ántes de la publicacion de las probanzas dentro del término en que pueda hacer las suyas, como se dispone en la citada *ley* 32. *tit.* 5. *Part.* 5. *ibi*: "Pero luego quel movieren ende pley»to, tenudo es el comprador, de facerlo saber al que ge»la vendió; ó á lo mas tarde, ante que sean abiertos los »testigos, que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio »contra él;" y lo mismo se ordena tambien en otras muchas *leyes del Digesto y Código, en el título de Evictionib.* Esta citacion obliga al vendedor á defender en aquel juicio los derechos del comprador, y queda éste seguro de los que le competen; pues si el vendedor viene desde luego á la causa coadyuvando al comprador, se hace parte interesada en el juicio, y se entienden con él los autos, llegando á la sentencia difinitiva y á su citacion al mismo tiempo y del propio modo que se hace con el comprador, que es el principal demandado; y empezando desde entón-

tónces á correrles el término de la apelacion, no los hay para la qüestion indicada de suponer pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia con respecto al comprador, y pendiente la libertad del vendedor para apelar despues á pretexto de su ignorancia: porque ésta falta enteramente en el caso referido.

29 Si el vendedor no viene al juicio, ni defiende al comprador sin embargo de su denuncia, citacion y emplazamiento, se substancian con él los autos en rebeldía, y le paran el mismo perjuicio de cosa juzgada; porque no debe ser de mejor condicion el contumaz que el que obedece los mandamientos del Juez, y cumple sus obligaciones; y aun en este caso se hace la notificacion de la sentencia al comprador y al vendedor, por cuyo medio queda tambien éste excluido de la ignorancia, que pudiera alegar para dilatar el uso de su apelacion.

30 Si el comprador es condenado á restituir los bienes demandados en qualquiera de los dos casos referidos, tiene expedita su accion para rèpetir del vendedor el precio y los intereses que haya perdido; y como es regular y muy comun que use de esta accion prontamente contra el vendedor, le llega tambien por este medio la noticia de la sentencia que merece ser executada, sin que pueda usar de excepcion alguna contra el comprador, ni aprovecharse de su antigua morosidad para traer pendiente la seguridad del que ganó el juicio, ni ménos instaurar otro de nuevo.

31 Si el comprador no hizo citar y denunciar al vendedor al principio del pleyto, ó quando mas tarde ántes de la publicacion de los testigos, como requieren las leyes, queda libre el vendedor de toda responsabilidad; y como le falta el interes y el gravámen, que son el fundamento preciso para ser oidos en el remedio de la apelacion (cuyo particular es bien notorio, y se ha demostrado en el capítulo segundo de esta segunda parte) no hay que indagar en que tiempo le ha de empezar á correr el de la apelacion.

Po-

32 Podria suceder que en el mismo contrato de compra y venta se pactase expresamente que el comprador no fuese obligado á citar y denunciar al vendedor, ni darle noticia del pleyto que le moviesen sobre el dominio y posesion de los bienes vendidos, quedando sin embargo el vendedor responsable á sus resultas, de cuyo caso habla la *ley* 63. *ff. de Evictionib.* ibi: *Herennius Modestinus respondit, non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas.*

33 Este es el único caso en que podria verificarse que la sentencia pasase en cosa juzgada contra el comprador sin haber llegado á noticia del vendedor, y quisiese éste apelar por no haberlo hecho el comprador, dudándose entónces si podria hacerlo en el término de la ley, empezando á contar desde su noticia; pero como es tan raro este pacto en las escrituras de venta, lo es tambien el caso de la disputa, sin embargo de afirmar Baldo sobre la citada *ley* 63. ser tan freqüente que las mas veces se pone en la escritura la cláusula de estar renunciada por pacto la necesidad de citar y denunciar al vendedor; pero no sucede así en estos reynos, como se manifiesta de la fórmula que refiere la citada *ley* 56. *tit.* 18. *Part.* 3.

34 El segundo caso que comprehende el señor Covarrubias en la clase de terceros, á quienes perjudica la sentencia dada contra el principal, aunque ignorasen el pleyto pendiente y su determinacion, es el de los legatarios respecto de los herederos escritos, que fuéron demandados y vencidos por los legítimos, á cuyo favor se declaró la herencia por la nulidad del testamento.

35 Este punto se demostrará con solo apuntar las siguientes variaciones, reducidas por su órden á todas las disposiciones legales, que se refieren á tres tiempos: en el primero se disponia que los legados dependiesen en toda su legitimidad y subsistencia de la institucion de heredero, mirándola como cabeza principal, que disipada influia

fluía la misma ruina en los legados, pues se consideraban como accesorios.

36 En el segundo tiempo podia rescindirse la institucion de heredero por la *quærela inofficiosi testamenti*, que intentasen los hijos y descendientes del testador por haberlos desheredado su padre sin justa causa, conservando no obstante el valor de los legados, que debian cumplir los herederos legítimos, quando ganasen su instancia; y en el último tiempo se ampliáron las disposiciones á que valiesen y subsistiesen los legados, aunque no hubiese heredero, ya fuese por no haberle nombrado el testador, ó por no haber *adido* la herencia.

37 Recibiendo los legados por estas últimas disposiciones la naturaleza de principales independientes de la institucion de heredero, salen necesariamente fuera del órden en que los colocó el señor Covarrubias, y no pueden entrar en la qüestion de que les perjudique la sentencia que se diere contra el heredero sobre nulidad del testamento: porque el interes de los legatarios viene derechamente de la voluntad del testador del mismo modo que el de los herederos; y así como en estos la sentencia que es dada contra alguno de ellos no perjudica, ni aprovecha á los otros, como se dispone en la *ley* 20. *tit.* 22. *Part.* 3, y se ha demostrado en el capítulo próximo; con mayor razon debe ser limitada al heredero la que se diere sobre nulidad del testamento, sin extenderse á perjudicar en sus intereses á los legatarios.

38 Quando por algun medio pudieran considerarse en la clase de interesados de segundo órden para tratar con ellos de la nulidad del testamento, se precavian todas las dudas y qüestiones excitadas sobre el perjuicio, que les podria causar la sentencia y tiempo de su apelacion, quando no la interpusiesen los herederos por los mismos medios que se indicáron entre el comprador y vendedor.

39 Con la demanda que pone al heredero escrito el que pretende suceder por la ley á pretexto de la nulidad

dad del testamento ó por otras justas causas, presenta comunmente copia autorizada del mismo testamento; pues como dice la *ley 6. ff. de Transactionib.*: *De his controversiis, quæ ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti*; y lo mismo se repite en la *ley 15. Cod. de Transactionib.* ibi: *Ut responsum congruens accipere possis, insere pacti exemplum.* Por este documento consta al Juez en el preliminar del juicio quienes son los interesados en la demanda, así por el título de herederos como por el de legatarios, á los quales debe emplazar igualmente para que la causa tenga su debido curso sin disminuir la natural defensa de los interesados.

40 Quando el actor no presentase con su demanda el testamento á que se refiere, lo haria el heredero escrito en el término que le señalan las leyes; y por él se verian los demas interesados que comprehendia por sus respectivos legados, á quienes haria emplazar el Juez de oficio ó á instancia de alguna de las partes, pues todas se interesan en su emplazamiento. El demandante asegura concluir con todos á un mismo tiempo su pretension con la sentencia difinitiva, sin exponerse á dilaciones y otros graves inconvenientes que en el concepto de los autores citados sufriria, si apelase el legatario, quando llegase á su noticia la sentencia despues de pasada con el heredero en cosa juzgada; y este es otro medio natural y sencillo que conduce á la brevedad del pleyto, á evitar gastos á las partes, y á no tener pendiente largo tiempo la seguridad de los derechos.

41 El heredero demandado como principal logra ser auxiliado por los legatarios, reuniendo sus defensas á un mismo fin con un solo procurador. Lo mismo se logrará en las instancias contra los poseedores de mayorazgos respecto á sus inmediatos sucesores, ya sea porque pretendan otros derecho preferente, ó ya porque soliciten que los bienes sean libres, ó alguna parte de ellos; pues

pues si el Juez manda emplazar al poseedor y á su inmediato, pueden unir sus defensas excusando gastos, y precaviendo los nuevos recursos, que pueda intentar el inmediato, quando llegue á saber que el poseedor del mayorazgo lo perdió por la sentencia difinitiva, y no apeló de ella, ó procedió con fraude, colusion ó indefension.

42 El inmediato sucesor tiene un derecho muy cercano al mayorazgo, y le interesa anticipar su defensa para que no pase á otra línea, de la qual no podrá recobrarle, ó á lo ménos le será mas dificil. Por estos respectos se entiende la Cámara con el inmediato sucesor del mayorazgo, quando el poseedor solicita imponer censo, enagenar parte de sus bienes, permutarlos, y hacer qualquiera diligencia de que pueda resultar daño al mayorazgo; y he visto tambien en caso de obligar al poseedor á la venta de algunos bienes, por ser necesarios á la causa pública, mandar se practicasen las diligencias de reconocimiento y tasacion, y las demas que ocurran, no solo con el poseedor sino al mismo tiempo con su inmediato sucesor.

43 Si se observasen en los casos referidos y en otros semejantes los medios indicados, que aprovechan siempre y nunca dañan, se ocurriria á las dudas y controversias excitadas sobre el tiempo de la apelacion de los terceros, que llaman interesados de segundo órden; pero dexándolos por un momento en el concepto referido, y permitiéndoles tambien que quando no apela el principal de la sentencia, lo puedan hacer los de segundo órden, conviene exponer que á estos no les es permitida la libertad de apelar de la sentencia, como la tienen los principales, pues se la restringen las leyes al caso que tengan y prueben justa causa, qual seria el no haber apelado el principal que litigaba dexando indefensa la justicia del tercero.

44 La proposicion antecedente se manifiesta en el literal contexto de las leyes: en la 4. *tit.* 23. *Part.* 3. se dis-

dispone por regla que se puedan alzar de las sentencias, no solo los señores de los pleytos ó sus personeros, quando fuese dado juicio contra ellos, "mas aun todos los »otros, á quien pertenece la pró, é el daño, que viniese »de aquel juicio." Pone la ley el exemplo quando es dada sentencia contra el comprador, y no se alzase; y entónces permite al vendedor que pueda hacerlo: "por- »que es tenudo de facer sana la cosa que vendió;" y es de observar que no basta que sea dada la sentencia contra el comprador, sino se une la condicion que expresa la misma ley, de que no se alzase de ella.

45 La *ley* 7. *del prop. tit. y Part.* permite á los legatarios que puedan apelar de las sentencias, que son dadas contra los herederos escritos sobre nulidad del testamento, baxo la propia condicion de que no se alzáron del juicio. La *ley* 36. *tit.* 5. *Part.* 5. señala por uno de los casos en que el vendedor no es responsable á hacer sana la cosa, quando el comprador no apeló de la sentencia que fué dada contra él, estando ausente el vendedor; y las 4. §. 3. y 5. §. 1. *ff. de Appellation.* proceden con la misma regla á favor del vendedor y de los legatarios, quando los principales que seguian el juicio no apelan de la sentencia; pues se considera haberse dado sin la debida y cabal defensa de sus derechos con el fin de que el vendedor y los legatarios perdiesen los suyos.

46 Si los principales apelan en tiempo, no puede hacerlo el legatario ni el vendedor; pues solo se les permite en este caso adherirse á la apelacion, y coadyuvar á los interesados de primer órden. Esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 7. *tit.* 23. *Part.* 3. *ibi:* "Otrosí decimos, que si los herederos se alzasen de aquel »juicio, que aquellos á quien fué mandado algo en el »testamento, pueden ser con los herederos en seguir »aquella alzada;" confirmándose por esta disposicion lo que explican las otras leyes acerca de la apelacion, que permiten al legatario y al vendedor, quando se verifica la

la condicion de que sus principales no hayan apelado en tiempo.

47 Lo mismo sucede con el inmediato sucesor, quien puede apelar en el caso referido de no haber apelado el poseedor de la sentencia que es dada contra éste. En estos términos se explican Molina *de Primogen. lib.* 4. *cap.* 8. *n.* 10, y el señor Covarrubias *en el cap.* 15. *de sus Prácticas* con otros muchos.

48 Esta proposicion se confirma por la *ley* 2. *del enunciado tit.* 23. *Part.* 3, pues dispone: "Que si juicio »fuere dado contra algund Personero, en pleyto que él »demandase, ó defendiese por otro; que si el Personero »non se alzase del, que el Señor del pleyto lo puede »facer; maguer non se oviese acertado, en demandar, ó »en defender el pleyto: é si por aventura el Personero, »despues que fuese vencido, non se alzase, así como di»ximos, nin lo ficiese saber á aquel, cuyo era el pleyto, »de como era vencido, puédese alzar el Señor fasta diez »dias, desde el dia que lo supiere."

49 Por todo lo que se ha referido se demuestra que empezando la facultad de apelar á los interesados de segundo órden desde el punto en que no lo hiciéron sus principales, dexando pasar el término en que podian hacerlo, es preciso confesar que el curso del plazo señalado á los principales para su apelacion no perjudica á los segundos interesados, y que estos le han de tener igual despues de aquel para usar de la suya, y que su principio no puede ser otro que el de la noticia que tengan de no haberse apelado de la sentencia: porque la ignorancia de hecho á ninguno perjudica, no pudiendo precaverla ni aun los mas sabios y prudentes; y en esto hallo yo el resumen de toda la razon, que pone de manifiesto el derecho de los segundos interesados para defenderse por medio de la apelacion contra los que obtuviéron sentencia favorable, no porque probasen su justicia sino por la indefension de la causa, que es la presuncion que consideran las leyes y los autores en el caso referido.

Quan-

50 Quando el actor empezó el pleyto, no concebiria asegurase con un vencimiento permanente por sola una sentencia; y el que se le obligue á continuar la causa con los interesados de segundo órden, como lo hubiera hecho con los principales, es conforme á sus intenciones, y á las que por un curso regular tienen todos los actores, quando demandan sus derechos. Tampoco es igual la suerte del que venció con sola una sentencia, y la de los legatarios, vendedores é inmediatos sucesores de los mayorazgos: porque aquel puede esperar en su justicia que se confirme la sentencia, y lograr por la cosa juzgada mayor firmeza en sus derechos; pero los interesados de segundo órden, perdidos desde luego los suyos, no pudiendo usar de la apelacion, y reuniendo todas estas consideraciones, los recomiendan mucho en la equidad y buena fe, con que se debe buscar la verdad y la justicia segun nuestras leyes sin detenerse en escrupulosas qüestiones.

51 Con solo este último principio de equidad, buena fe y verdad, tan propia y necesaria en los juicios, se viene á parar en una demostracion, que pone en suma claridad toda esta materia sin necesidad de hacer uso de intrincados argumentos, difusas y obscuras disertaciones. Redúcese esta demostracion al punto de la restitucion, de que pueden seguramente usar los interesados de segundo órden contra la sentencia que es dada en primera instancia, y pasó en autoridad de cosa juzgada contra los principales litigantes por no haber apelado de ella: porque este remedio es bien conocido en las leyes, y observado en los tribunales, defiriendo á él fácilmente por qualquiera de las razones, que en general excitan la equidad y la justicia.

52 El Cardenal de Luca *en el discurs.* 37. *de Judic. n.* 12. supone como regla constante que el procurador, que tiene poder para seguir algun pleyto á nombre del principal, no necesita de otro especial para apelar de la sentencia que es dada contra él, y que en uso del pri-

me-

mero debe hacerlo, ó quedar responsable en su defecto á los daños que resulten al señor del pleyto; pero asegura que nunca vió usar de esta accion, ibi: *Adeo ut contra procuratorem non appellantem concedatur actio ad interesse; quamtamen nunquam vidi practicari.* En los propios términos habla Scac. *de Appellationib. q.* 12. *n.* 125. ibi: *Numquam vidi enim principales egisse contra procuratores negligentes, et multo minus vidi procuratores negligentes condemnari: adeo quod de consuetudine non servatur, ut dominus agat contra procuratorem.*

53 La *ley* 2. *tit.* 23. *Part.* 3. concede dos medios al principal, quando no apeló su personero: uno es el que pueda usar contra éste de la accion para recobrar todo el menoscabo que padeció por su culpa en no haberse alzado, "podiendo, é debiéndolo facer:" otro que no teniendo el personero bienes con que pueda hacer enmienda al dueño del pleyto, pueda éste apelar; y asegurándose por los autores referidos y por otros muchos que el primer medio indicado no tiene uso en los tribunales, queda reducido siempre al segundo de apelar de la sentencia.

54 Para apelar pues de la dicha sentencia deben implorar el remedio de la restitucion *in integrum*, procedente de aquellas causas generales, que inclinen el juicio del Pretor á la equidad de templar el rigor de la ley, y suplir lo que por ella no está expresamente determinado; porque estos son los oficios que corresponden al Pretor ó Magistrado segun su primitiva institucion, y el uso que siempre tuviéron (de que hace especial mérito el §. 7. *Instit. de Jure natur. gent. et civili*, con lo demas que en su razon expone Vinn.) dispensando los auxilios conducentes á reparar el daño, que sufren las partes sin culpa ni omision suya. De esta especie de restitucion *in integrum*, que es general á todos, aunque no sean menores, tratan los autores concretándola al caso referido de haber pasado la sentencia en cosa juzgada por no haber apelado en tiempo el personero; y aseguran que compete al prin-

ci-

cipal, y que se le concede con facilidad, alegando y probando qualquiera simple injusticia que contenga la sentencia, que rara vez falta en el dictamen de los Jueces por la variedad de sus opiniones.

55 El mismo Cardenal de Luca, en el citado *discurs.* 37. *de Judic. n.* 13, supone que la negligencia del procurador en no apelar perjudica á su principal; pero que esta misma negligencia es justa causa de la restitucion *in integrum*; y en el *discurs.* 38. se explica con mayor extension al *núm.* 11. ibi: *Atque hinc manat id quod pluries alibi insinuatum est, quod scilicet res judicata ob non interpositam vel desertam appellationem, in curia quodammodo cæremonialis videtur, atque nunquam victorem tutum reddit, ut judicato acquiescat, dum etiam post longissimi, ac pene integri sæculi recursum, cum nimia facilitate respondetur de causis restitutionis in integrum ex capite injustitiæ, quæ resultare videatur, etiam in articulis dubiis, eo quia illis, qui de præsenti sedent in tribunali, magis una quam altera opinio placeat, juxta consuetam ingeniorum varietatem, disputando de meritis causæ per apices, perinde ac si ea esset nova, et integra.*

56 Para comprobar esta doctrina conduce todo el *título del Digesto, de In integrum restitutionib.*, señaladamente la *ley* 7; pues refiriendo en su principio algunos casos en que la equidad dictaba socorrer á los que de otro modo padecerian daño si se observasen las solemnidades de la ley, extiende este auxilio generalmente á todos los que eran engañados sin culpa suya, como se expresa en el §. 1. ibi: *Nec intra has solum species consistet hujus generis auxilium: etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, sucurri oportebit:::: et boni prætoris est, potius restituere litem, ut et ratio, et æquitas postulabit.* La *ley* 8. *del prop. titul.* se explica con mayor expresion: ibi: *Ei vero, qui reipublicæ causa absit, cæteris quoque, qui in eadem causa habentur, si per procuratores suos defensi sunt, hactenus in integrum restitutione subveniri solet, ut appellare his permittatur.*

57 Ahora se entenderá bien la disposicion de la citada *ley* 7. *tit.* 23. *Part.* 3. en las dos partes que contiene: en la primera dice que si juicio fuese dado contra los herederos escritos, y estos no apelasen, que los legatarios pueden tomar alzada y seguirla. En la segunda parte asegura que apelando los herederos, pueden ser con ellos los legatarios en seguir aquella alzada; pero no les permite interponerla, consistiendo esta diferencia en que para venir los legatarios á su apelacion, deben hacerlo por el medio extraordinario de la restitucion *in integrum*, el qual no se concede á los que pueden usar del ordinario, adhiriéndose á la apelacion interpuesta en tiempo por los principales litigantes.

58 Queda al parecer bien demostrada la proposicion en todos los casos referidos de la grande diferencia que hay entre la cosa juzgada, que nace por el rigor de la ley de una sola sentencia, por no haber apelado el principal que litigaba, y la que se causó con tres sentencias conformes ó con dos en los casos que previenen las leyes; y del mismo modo se ha manifestado la razon de equidad y justicia, que obliga á socorrer á los que sin culpa ni omision propia estan expuestos á padecer daños, y que deben implorar este auxilio por el medio indicado de la restitucion *in integrum*.

59 Los efectos de este remedio se han explicado y fundado latamente en el capítulo nono de la primera parte de estas *Instituciones*; reduciéndose su principal influxo á reponer á la persona que lo obtiene en aquel mismo dia, en que se dió y notificó la sentencia á los que entónces litigaban; y así viene á verificarse por una ficcion legal, equivalente á la misma verdad, que el tercero se halló en el pleyto quando se dió la sentencia, que entónces tuvo noticia de ella, y que apeló dentro de los términos que señalan las leyes á todos los que litigan; en cuyo concepto se pueden considerar ociosas todas las disputas acerca del tiempo en que ha de empezar á correr el

el de la apelacion, debiéndose convenir en que es el mismo, y con el mismo principio que se concedió á los principales que litigaban y no apeláron.

60 Por los medios insinuados, señaladamente el de la restitucion *in integrum*, se vienen á conciliar las opiniones que parecerian contrarias: porque es cierto que luego que el tercero tiene positiva noticia de la sentencia dada contra el principal, y que por no haber éste apelado le perjudica, le empiezan á correr los dias de la apelacion para implorar dentro de ellos la restitucion; y no haciéndolo en dicho tiempo, se entiende que lo renuncia, y cerrado este medio no puede llegar el fin de la apelacion; pero si se le concede este auxilio, y por su efecto se le admite la apelacion que debe interponer al mismo tiempo, se entiende que la interpuso, y le fué admitida en el mismo término en que puede hacerlo el principal.

61 Como los autores que se han referido, y otros muchos señalan diez dias para apelar, y proceden sin disputa en este sistema, no puedo ménos de advertir que las *leyes* 1. 4. *y* 7. *tit.* 18. *lib.* 4. *de la Recop.* señalan uniformemente solos cinco dias para el efecto; y no es lícito separarse de estas respetables disposiciones.

CAPÍTULO X.

De los terceros opositores excluyentes.

1 Hay otra clase de terceros opositores, que aunque toman este título del mismo orígen y causa que los coadyuvantes, se diferencian sin embargo en el fin á que se dirigen. Tales son los que llamamos terceros opositores excluyentes; quienes léjos de tratar de auxiliar á otros como los coadyuvantes, solo intentan derribarlos y destruirlos. Los unos son accesorios en los juicios, y los otros principales.

2 Deseando los autores explicar todas las partes de

los terceros excluyentes, hacen uso del exemplo siguiente: Quando alguno se titula dueño de la cosa, de que está otro en posesion, le pone su demanda ante Juez competente, y refiriendo sucintamente los hechos en que la funda, concluye pidiendo que el Juez condene al demandado á que se la restituya: comunícasele traslado, y en uso de él contesta y responde contradiciendo la pretension: si la confesase, seria tambien contestacion, como se expuso en el capítulo quarto de la primera parte; pero faltarian términos para el caso y qüestion que se propone, porque inmediatamente entregaria la cosa que se pedia, y se acabaria la causa.

3 Contestada la demanda con la contradiccion que se insinúa, tiene su curso ordinario, y en qualquiera parte y estado en que se halle el juicio, sin incluir la sentencia difinitiva, viene á él otro actor, y se presenta con el mismo concepto de señor de la cosa, que halla en poder del mismo reo anteriormente demandado, y pretende su restitucion del mismo modo que lo hizo el primero, excluyendo á los dos de los respectivos derechos que habian producido.

4 Esta instancia es nueva y diversa de la primera en las personas, en la accion y en la causa de que procede. El actor usa de su derecho en tiempo y forma, y debe ser oido por el mismo órden de contestacion, prueba y defensa que corresponde, como sienten unánimemente todos los autores.

5 La duda de la qüestion consiste únicamente en si la primera causa que está adelantada, quando se empieza la segunda, se ha de suspender hasta que ésta iguale á la otra en su curso y estado, continuando despues unidas para que sean determinadas en una misma sentencia; ó si cada una ha de seguir independiente y separada, y determinarse la primera que llegue al estado de sentencia sin perjuicio de que la otra, que se halla mas atrasada, continúe por sus trámites hasta que se dé en ella sentencia difinitiva.

La

6 La resolucion de esta duda se halla muy complicada entre los autores: unos quieren que la causa primera, que se supone adelantada quando empieza la segunda, no se detenga ni un momento, y que se determine difinitivamente quando llegue á su estado sin esperar á que le tenga igual la segunda. Esta es la opinion del señor Covarrubias en el *cap.* 14. *de sus Prácticas n.* 4. *in medio*: ibi: *Nos vero contrarium jure respondendum esse censemus, asseverantes tertium oppositorem, quoties non accesserit ad defendendum reum, audiendum quidem esse, ita tamen, ut nullo equidem momento impediatur litis examen, et definitio inter actorem, et reum, quoad ipsorum præjudicium, et commodum.* Al fin del citado *n.* 4. ratifica este autor la misma opinion: ibi: *Admitti debeat ad allegationem, et probationem propiæ intentionis; ita tamen ut propter hanc oppositionem nulla in parte differatur definitio litis inter actorem, et reum, quoad eorum præjudicium, præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio. Etenim, tunc ipse admitterem tertium ad allegandum, et probandum, absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius litis inter actorem, et reum. Atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi prætorio.*

7 Salgado sigue la opinion del señor Covarrubias, y la refiere al *n.* 68. *de la part.* 4. *cap.* 8. *de Reg.*, y con mayor extension en la *part.* 2. *cap.* 13. *de Retention.*, llenando de elogios la resolucion de este sabio autor, y las autoridades y razones en que la funda, señaladamente en el *n.* 13. *y siguiente*, en donde refiere otros muchos que se adhieren al mismo dictámen.

8 Otros autores admiten y siguen la contraria acerca de la última parte, que da motivo á la disputa, asegurando que en el caso propuesto el nuevo actor, que viene al juicio pendiente como tercero excluyente, hace suspender su curso en el estado en que se halla hasta tanto que la nueva accion y demanda sea exâminada y probada entre las partes del primer juicio, y se igualen los

los dos en su estado, de manera que puedan determinarse en una misma sentencia: Bald. *in cap.* 1. §. *Duo, de Pace tenenda*: Innocen. *in cap.* 38. *de Testib. n.* 1. *in fine*: Castill. *Controversiar. lib.* 2. *cap.* 9. *n.* 9. *vers. Deinde constituo*: Greg. Lopez *in leg.* 6. *tit.* 10. *Part.* 3. *glos.* 2. *in fin.*: Paz *de Tenut. tractat.* 1. *cap.* 20. *præcipue n.* 11; y otros muchos que estos refieren.

9 Por el hecho mismo de ser tan encontradas las opiniones de los graves y sabios autores que han exâminado de intento la qüestion referida, se manifiesta que no han encontrado ley ni canon, que ni en su letra ni en su espíritu decida este punto, no siendo de esperar que se hubiesen dividido en los dictámenes, separándose de las disposiciones claras de las leyes; sino que por no haberlas, han tomado la libertad de persuadir sus respectivas opiniones con argumentos obscuros, discursos intrincados y observaciones dudosas.

10 Y si estos sabios maestros no se han podido convenir, ni asegurar en el medio ni en la resolucion que se debe tomar en el caso propuesto, ¿ cómo podrá hacerlo un letrado ó un Juez que se hallen en los principios de su profesion, por mas que se fatiguen en leer y meditar las disertaciones referidas? Ocuparán en esto mucho tiempo, y quedarán en el mismo conflicto y perplexîdad, bien que con el auxilio de poder tomar el partido que mas acomode á sus deseos; de donde nace la facilidad de excitarse y continuar sin riesgo de temeridad las pretensiones y pleytos. El que viene al juicio en calidad de tercero excluyente, viendo mas adelantado al primero que litigaba, deseará detener su curso hasta igualarse con él, y así lo pedirá al Juez que conoce de la causa. El primer actor hará su vigorosa repulsa, porque se interesa en acabar con brevedad su instancia, y en recobrar la posesion de la cosa que pretende. Las sentencias serán por lo comun varias, por la natural inclinacion con que disienten los hombres, quando no hallan ley superior que los detenga; y siempre quedará este artí-

tículo indeciso y con necesidad de oportuno remedio; y entretanto que se logra, diré lo que entiendo sin repetir de modo alguno los argumentos y las consideraciones, que hacen los autores referidos en prueba de sus respectivas opiniones.

11 Mi pensamiento está reducido á exâminar los perjuicios y las utilidades, que se hallen en uno y otro medio; y despues de haberlos combinado, tomar el camino que con menor riesgo y mayores ventajas del público y de las partes las conduzca al fin que se proponen: porque en esto consiste la verdadera razon que excita y anima las leyes generales y particulares, que se forman por el juicio y sentencia de los Jueces, siguiendo siempre el mayor interes de la causa pública, y el beneficio de los que litigan.

12 Si quando viene al juicio un tercero, que pretende excluir de su derecho á los dos que anteriormente litigaban en el caso propuesto, lograse que se suspendiese el curso de la primera causa, que se hallaba ya conclusa (que es el estado de su mayor adelantamiento), y que no se procediese á sentenciarla hasta que la segunda demanda, corriendo todos los trámites ordinarios, llegase á su conclusion, padeceria el primer demandante un daño, que consistia únicamente en no llegar tan pronto á ponerse en posesion de los bienes que pretendia; y esto sucederia, quando la sentencia que se diese en su causa le fuese favorable, y no apelase de ella el reo; y como estos dos efectos no eran seguros al tiempo que el segundo actor intentaba la suspension, lo mas que venia á perder en ella el primero seria la posibilidad de recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes demandados; pero este beneficio, quando se verificase tan de lleno á sus intenciones, traeria incomparables perjuicios á la causa pública, al reo demandado, y aun al mismo actor del primer juicio.

13 El reo debe contestar á la segunda demanda, y en este solo paso queda envuelto en dos pleytos; y siendo

do el fin de las leyes disminuirlos y reducirlos, se peca en este punto contra sus disposiciones. El mismo reo debe presentar con su escrito de contestacion, y en el breve término que señalan las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.*, las escrituras que tuviere, y en que pretenda fundar su defensa; y siendo regular que las haya presentado para el mismo fin en la causa primera, no podrá hacerlo en la segunda, que ha de seguir separada á ménos que pida, y se le mande dar testimonio de ellas con citacion del nuevo actor, sufriendo esta dilacion y los gastos necesarios.

14 El primer actor, que por tener su causa adelantada, haya logrado recobrar con mayor brevedad la posesion de los bienes que pretendia por efecto de la sentencia favorable, que por no apelar el reo pasó en autoridad de cosa juzgada, no la recibe en un estado permanente y seguro: porque no se la entregará el reo sin que le indemnize por medio de la caucion y fianza que previenen las mismas leyes, á que se acogen los autores de esta opinion, y queda por ellas responsable á las resultas de la otra causa que corre separada; siendo de su cargo continuarla en el estado en que se halle, y defender su derecho contra el que intenta el tercero, y restituirle los mismos bienes si venciese en la sentencia.

15 Si de la sentencia, que es dada en primera instancia á su favor en la causa introducida por el primer actor, apelase el reo demandado, tendrá la causa su curso en segunda instancia entre los dos primeros litigantes con un efecto suspensivo de la sentencia; y al mismo tiempo deberán seguir los dos la segunda, que se quedó pendiente con el tercero excluyente en primera instancia; y entónces serán mas considerables los perjuicios de las mismas partes, y los de la causa pública, en el mayor número de pleytos, y en los repetidos gastos y dilaciones que necesariamente han de ocurrir. Todo esto puede suceder fácilmente, si no se suspende la determinacion de la causa primera para que sean determinadas en una misma sen-

sentencia; y por no sufrir el primer actor una leve dilacion, queda sujeto á otras mayores y á mas excesivos gastos.

16 Permítase que el actor de la primera causa lograse por todos los trámites de tres sentencias conformes calificar el dominio de los bienes que pretendia, y recobrar su posesion; pero como este derecho solamente causaria estado permanente con el reo demandado y no con el tercero que solicitaba excluir á los dos, podria suceder que en esta segunda causa no fuera tan feliz su suerte, y se estimase preferente el derecho del nuevo actor, viéndose obligado el primero á restituirle los mismos bienes, que á tanta costa habia recobrado del poseedor á quien demandó; y estas son otras resultas que justamente se deben temer para no arriesgarse á tropezar en ellas, siguiendo el medio de que corra la primera causa independiente y separada de la que posteriormente instauró el tercero opositor excluyente.

17 En su nueva demanda concibió y trató el opositor excluyente como reos al poseedor de los bienes que pretendia, y al primer actor que los solicitaba, al uno por razon de la posesion, y al otro por la accion que impugnaba; y como este juicio envolvia una comparacion sobre preferencia de los respectivos derechos que producian las partes, no podia el Juez asegurarse de la verdad, no teniendo á la vista al mismo tiempo las escrituras y probanzas, que hubiesen hecho las partes en las enunciadas causas; y como es tan propio del oficio del Juez buscar la verdad y la justicia por todos los medios posibles, ninguno podia hallar mas oportuno que unir la segunda instancia del tercero excluyente á la causa primera, detener su curso, oir á las partes sus recíprocas defensas, y llegar al tiempo de dar la sentencia con toda la instruccion debida. Siendo pues este camino tan descubierto y conforme á las intenciones de las leyes, no debe tomarse el otro, que está lleno de los inconvenientes y peligros que se han indicado.

18 La sentencia que se diere á favor del actor de

la primera causa, estando ya pendiente la segunda, se puede concebir poco ménos que ilusoria, si fuese vencido y condenado á restituir los mismos bienes al tercero opositor excluyente: porque hay poca diferencia entre no haberlos recibido, ó tener que restituirlos brevemente; y este riesgo, á que no es justo exponer fácilmente los juicios, justifica tambien la suspension del primero.

19 En las palabras y razones del mismo señor Covarrubias, si bien se meditan, se descubrirá que no procedió con igual firmeza de opinion en todas las partes y estado de la causa; pues aunque establece la regla de que no debe suspenderse con motivo de la oposicion del tercero, añade como caso principal en que ésta debe tener lugar, quando viene á la causa el tercero opositor excluyente, estando ya conclusa, ó hecha publicacion de testigos, ibi: *Præsertim ubi tempore hujus oppositionis conclusum fuerit in causa, vel facta sit testium publicatio:::: Etenim tunc ipse admitterem tertium ad allegandum, et probandum absque præjudicio publicationis, conclusionis, et definitionis ipsius litis inter actorem, et reum; atque ita non semel vidi pronuntiari, et pronuntiavi ex collegarum judicio in hoc regio Granatensi prætorio: quod æquitati potissime convenit ob frequentes has oppositiones, quæ plerumque dolo et fraude fiunt, non alia ex causa, quam quod reus, timens justissimam condemnationem, diem differri velit.*

20 ¿Por qué principios graduaria el señor Covarrubias de dolosa y fraudulenta la oposicion del tercero excluyente, para dar entrada con este supuesto á la equidad en que funda su opinion? Lo cierto es que la oposicion del tercero excluyente puede ser justa, y dirigida á mantener y recobrar sus derechos; y todas las reglas de caridad y justicia obligan á tenerla por buena, y no declinar á concebirla delinqüente, como lo seria si la hiciese por dolo ó fraude solo con el fin de impedir la determinacion de la causa pendiente entre los dos principales litigantes; haciéndose mas distante la presuncion de dolo ó fraude á vista de que el tercero no tiene in-

te-

teres propio en dilatar la primera causa, sin cuyo estímulo es aun mas repugnante el concepto de fraude, que se motiva en la enunciada oposicion del tercero.

21 La *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *de la Recop.* habla determinadamente de un tercero excluyente, que se opone á la execucion despachada á instancia del que habia litigado con otro. No distingue la ley sobre si la execucion procede de cosa juzgada ó de instrumento público: porque estas dos causas son iguales, y se comprehenden con uniformidad en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. Tampoco distingue la ley de los derechos que produzcan los terceros opositores, ya sea por razon del dominio, ya de la posesion ó de la preferencia en la cosa que se va á entregar, ó vender por efecto de la execucion; y con estos presupuestos dispone: "Que quando contra alguna execucion »se opusiere alguna muger por su dote, ó otras personas, »no se mande dar informacion sumaria, sino que resciban »luego á prueba con término ordinario á los opositores »por via ordinaria;" y aunque en su principio refiere como exemplo la oposicion, que hace la muger por su dote, continúa con la cláusula indefinida "ó otras per»sonas," que en su caso equivale á la universal; y la misma repite en la palabra "á los opositores."

22 Por esta ley quedan removidas dos graves dudas que sobre este punto habian excitado los autores, y producian discordias en los tribunales: la una consistia en que los terceros opositores excluyentes no se admitian á la causa, si no probaban de un modo sumario el buen aspecto de su derecho; y esta prévia diligencia queda positivamente removida por la ley, en quanto dispone "que no se mande dar informacion sumaria, sino que »resciban luego á prueba con término ordinario á los »opositores por via ordinaria."

23 Esta literal disposicion califica en la segunda parte que la causa executiva, á que salió el tercero opositor, se suspendió en aquel momento hasta que se complete el juicio ordinario, y que se vea al tiempo de la sen-

sentencia el mejor derecho comparativo entre el primer actor y el segundo excluyente.

24 Esta es la natural inteligencia de la ley, y por ella conviene observar lo primero que el curso de la via executiva es mas impetuoso que el del juicio ordinario, y deteniéndose aquel con la sola oposicion del tercero excluyente; se hará mas fácilmente en el de éste: lo segundo que el actor de la primera causa, que habia logrado los efectos de la cosa juzgada, estaba mas cerca de gozar sus bienes ó sus derechos, quando se los impugnó el tercero excluyente; y suspendiéndose su execucion, con mayor razon se debe suspender el curso de la via ordinaria.

25 La reconvencion y mútua peticion, que pone el reo demandado á su actor, conviene en muchas partes con la demanda del tercero excluyente, y de su cotejo podrán tomarse algunas luces, que aseguren mas el pensamiento indicado de que se suspenda la causa primera, quando viene á ella el tercero excluyente, y que se determinen las respectivas pretensiones en una misma sentencia.

26 La reconvencion ó mútua peticion es una demanda nueva, que pone el reo demandado á su actor, y es diversa en todas sus partes de la que éste habia promovido; pues aunque las personas suenan unas mismas, se presentan con diversas representaciones legales, convirtiéndose en actor en la segunda instancia el que es reo en la primera: la cosa que respectivamente se demanda es tambien diversa; y lo son igualmente las acciones y las causas de que proceden; y estando acordado por las leyes y los cánones que el Juez de la primera causa puede y debe conocer de la segunda, quando se propone en su tribunal en tiempo oportuno, está demostrado que la enunciada diversidad de causas no embaraza la identidad en el conocimiento y determinacion por sola una sentencia.

27 La demanda del tercero excluyente, aunque sea di-

diversa en algunas partes de la causa anterior en que se presenta, no lo es tanto como en todas las que se han referido en la reconvencion y mutua peticion: porque el reo es uno mismo respecto del primer actor y del segundo excluyente: la cosa que demandan los dos es tambien una misma; y así aunque en las acciones, en las causas de que nacen, y en las personas de los actores se verifique su diversidad, no deben embarazar el conocimiento y determinacion uniforme de las dos instancias ó demandas.

28 Para reunir la reconvencion á la primera causa hay que vencer grandes dificultades: la primera consiste en lo que disponen las leyes por regla general de que el actor demande al reo en su fuero, y aunque el actor sea de otro diverso, queda sujeto en la reconvencion al del Juez del reo, á quien él mismo demandó: la segunda que aunque este primer actor sea Eclesiástico, no le aprovecha la inmunidad para no contestar á la reconvencion en el fuero del Juez lego.

29 La dispensacion de las leyes, que favorecen al actor para que sea demandado en su fuero, se justifica sobre otras causas de mayor utilidad: la primera consiste en que el actor, á quien demandó el reo, aprueba la integridad, conducta y justificacion del Juez ante quien puso su causa, y no es lícito ni decoroso que rehuse ser juzgado por él en la que le mueve el reo de mútua peticion: la segunda, que es la principal y mas próxîma de la dispensacion referida, consiste en la utilidad pública que se asegura reuniendo los dos juicios, y continuando en ellos con igual curso hasta determinarlos por una misma sentencia, cortando los gastos y dilaciones, que con dolo y malicia promovian las partes, quando seguian las dos causas á un mismo tiempo en juicios separados.

30 Todas las enunciadas proposiciones correspondientes á la mútua peticion y sus efectos estan calificadas mas por extenso con las leyes y autoridades, que se re-

refieren en el capítulo sexto de la parte primera de estas *Instituciones*; y cotejándolas ahora con la causa del tercero excluyente, se hallará á primera vista su uniformidad en las dos causas principales indicadas; pues el tercero excluyente busca por Juez en su demanda al que lo es del fuero nativo del reo demandado, y aprueba en este hecho la integridad y justificacion de su persona: el primer actor prestó igual consentimiento y aprobacion en su demanda; y esta es la primera causa indicada en la reconvencion.

31 La union de las dos instancias es la segunda causa, que tambien se ha referido, y los efectos de la utilidad pública son unos mismos en uno y otro caso, y parece que deben gobernarse por unos mismos principios, no permitiendo la separacion de las causas sino uniendo su conocimiento, aunque sea con el ligero perjuicio que se ha explicado en el actor de la primera.

32 Es cierto que no tiene lugar la mútua peticion, sino la que propone el reo al tiempo que contesta su demanda dentro de los veinte dias, que á este fin señala la *ley* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *de la Recop.*; pero esta ley cortó las dudas y opiniones, que ántes de ella excitáron los autores acerca del estado en que podian proponerse las reconvenciones, y no hay menor necesidad de poner igual remedio en las causas de los terceros excluyentes; pero entretanto me parecia mas conveniente seguir el pensamiento que he apuntado, reducido á que se tome el partido de oir *ex integro* al tercero excluyente, viniendo al juicio ántes de la sentencia, sin perjuicio del estado de la primera causa, y sin proceder *ad ulteriora* hasta que estando en igual estado la del tercero excluyente, se puedan determinar las dos en una misma sentencia, guardando el órden de antigüedad, segun se observa en las principales demandas y en las reconvenciones, y se explicó en el citado capítulo sexto.

33 Quando se presenta el tercero excluyente con su demanda, no se le da inmediatamente entrada á la causa,

sa, ni se acuerda mandar por el Juez que corra unida á la primera, ni que ésta se suspenda; este es un incidente que pide algun exámen aunque sumario y breve, y á este fin se da traslado al actor y reo de la primera causa.

34 Si actor y reo reconocen buen derecho en la demanda del tercero excluyente, y no impugnan que corra unida con la primera, ni que las dos se determinen en una misma sentencia, no hay que tratar ya de opiniones, porque todas las allana el mutuo consentimiento de los interesados; y á la verdad que pueden serlo en la union de las dos causas, aunque se suspenda la primera por algun tiempo, excusándose por este medio de los mayores perjuicios, que se han manifestado en que se sigan separadamente; y con solo este fin de oir el dictámen de las partes, que litigaban como principales, se justificaria el traslado que se les da, sin que el Juez pueda excluir de oficio al tercero.

35 El reo demandado ayudará las mas veces la intencion del tercero excluyente para que su demanda se admita, siga y determine juntamente con la primera, suspendiéndose el estado de ésta, por el grande interes que logra en que así se haga, y se demuestra por los dos medios siguientes: el primero que la suspension de la primera causa le conserva mas tiempo en la posesion de los bienes que se le piden; y el segundo porque le excusa los muchos gastos que sufriria defendiendo una misma cosa en dos juicios separados.

36 El actor de la primera causa será el único, que por no sufrir su dilacion impugnará la union de la segunda, tomando á mejor partido seguirla despues separadamente; pero á este propósito ocurren los inconvenientes y perjuicios de la causa pública, que se han referido, y se pueden añadir otros de no menor peso, si se exâmina un artículo, que no encuentro exâctamente tratado ni decidido por los autores, que apoyan la separacion de las dos causas, quando el tercero excluyente viene á la primera, estando ya conclusa, ó á lo ménos publicadas sus probanzas.

Con-

37 Consiste este nuevo artículo en saber si la causa del tercero excluyente, en el supuesto de quedar separada de la primera, ha de seguir su curso inmediatamente con el mismo reo demandado y con el actor de la primera causa, ó si debe suspenderse y reservarse al tercero excluyente su accion para que use de ella, despues de acabada la primera causa, contra el que venciese, y quedase en la posesion de los bienes que intenta demandar.

38 Esta duda se motiva lo primero en que siguiéndose inmediatamente la demanda del tercero excluyente sin detener el curso de la primera, deberá entenderse con el mismo reo que está en posesion de los bienes, y sufrirá la incomodidad de tener dos pleytos para defender una misma cosa.

39 Si esta nueva demanda se ha de entender á un mismo tiempo con el actor de la primera, á quien impugna su accion ó preferencia, se cae en el inconveniente de considerar á éste como reo, y sujetarle al conocimiento de un Juez, que no es el competente por razon de su fuero, y no se descubre causa de utilidad pública, que justifique la derogacion de una regla tan fundamental.

40 Si la nueva demanda del tercero se ha de seguir con solo el reo, que está entónces en la posesion de los bienes, no perjudicarán estos autos, ni la sentencia que se diere en ellos al actor de la primera causa por no haber litigado, y aunque venza el tercero al reo demandado, no usará con el otro de la cosa juzgada. En las dos causas separadas solicitarán respectivamente las partes su mayor brevedad y adelantamiento, al paso que intentarán por todos medios detener el curso de la otra causa para llegar cada uno primero al término de la sentencia y de la cosa juzgada; y la experiencia ha hecho conocer los fraudes de que se aprovecha la malicia en semejantes casos, y los grandes daños que resultan de permitir estos medios, que en iguales circunstancias se han detestado y prohibido por las leyes.

Lue-

41 Luego que alguno se hallaba demandado en su fuero sobre el pago de la cantidad que debia, si por otra causa tenia accion contra el actor por alguna otra cantidad, usaba de ella ante el Juez del fuero del actor, quien venia á ser reo en esta segunda causa, siguiendo necesariamente la regla general indicada, de la qual no podia apartarse segun las antiguas disposiciones de los Romanos. Los daños públicos y particulares, que resultaban á los mismos litigantes de seguir á un tiempo estos dos juicios separados, los empezó á conocer la penetracion de Papiniano, y se hiciéron notorios á los Emperadores, quienes proveyéron de oportuno remedio mandando que el Juez, que conociese de las causas del reo, pudiese conocer y determinar las que este entablase contra el actor, siguiéndose unidas en un mismo juicio. Este fué el principio de la reconvencion y mútua peticion, de que trata la *ley* 14. *Cod. de Sentent. et interlocutionibus*, y la *Autént. Et consequenter del prop. tit.*; y con mayor extension la *Novel.* 96. *cap.* 2. cuyo epígrafe dice: *De his qui conveniuntur, et reconveniuntur*; en donde previene que va á tratar de intento de esta materia.

42 En el cuerpo de la disposicion pone la *Nov.* el caso que la motiva, y la razon que la justifica: ibi: *Deinde qui factus est in conventione* (*reus, at ait Glossa*), *tanquam et ipse actorem obligatum habens, eum apud alium traxit judicem: et aliquid inopinabile fiebat: quia enim uterque seorsum actoris obtinet officium, miserandum quiddam, et risibile inde veniebat: mox enim cum voluisset aliquis propiam movere litem; repente is, qui ex diverso convenerat, apud alium judicem trahebat eum, apud quem ipse sortitus fuerat judicem.*

43 Hasta aquí se refieren los casos en que se dividian las instancias, que respectivamente promovian entre sí el actor y el reo, y en su conseqüencia se expresan los daños que resultaban: ibi: *Et alterutros protrahentes immortaliter permanserunt litigantes*; y al fin del §. 1. ibi: *Ut ita tales eorum auferamus artes, et in alterutros calumnias.*

44 El remedio que se acordó para ocurrir á los daños, que experimentaban no ménos el público que los litigantes, fué reducido á disponer y mandar que el reo, que tuviese que promover alguna accion contra el actor que le demandaba, pudiera usar de ella, luego que contestára la demanda, ante el mismo Juez que venia á ser el de su propio fuero, autorizándole para que conociese de una y otra á un mismo tiempo sin embargo de que el actor de la primera causa fuese de otro fuero; y si el reo no propusiese su demanda en aquel tiempo próximo á la contestacion de la otra, se le reservaba su accion para que usase de ella, acabada que fuese la instancia que contra él se habia promovido, sin permitirle entretanto que en juicio separado vexase, ni molestase al actor que le habia demandado.

45 Las artes y calumnias, de que usaban las partes para molestarse mútuamente en aquellos juicios diversos que se han referido, se verificarian igualmente en los que siguiesen el actor y el tercero excluyente separadamente contra el mismo reo; y era consiguiente que por la identidad de razon se prohibiesen los perjuicios, que por estos medios resultarian á la causa pública y á los mismos litigantes.

46 Cerrado este paso quedan expeditos otros al tercero excluyente: uno reducido á usar de su accion quando se hubiese acabado el primer juicio, coartándole la libertad de promoverla ántes, y para esta pena no se descubre causa alguna; pues si el reo, que queria reconvenir á su actor, tuvo que suspender su accion hasta que se acabase la primera causa, fué porque abusó de este beneficio que le dispensaba la ley, y acreditaba los deseos de vexar y molestar al actor con la nueva demanda ante diverso Juez; pero el tercero excluyente léjos de rehusar el medio de poner y seguir su demanda ante el propio Juez de la primera causa, y que se determinasen las dos en una propia sentencia, esto es lo que solicita con mas esfuerzo.

Si

47 Si se dixese que el tercero excluyente viene tarde al juicio, pues el que ha de poner la reconvencion y mútua peticion debe hacerlo en el principio de éste, luego que lo contesta, y dentro del término de los veinte dias que señalan las leyes, se satisface plenamente á este reparo advirtiendo que no hay morosidad donde falta noticia, y sin ella no empiezan á correr los términos por mas estrechos que sean; y no presumiéndose que el tercero excluyente tuviese positiva noticia del pleyto que se seguia entre otras personas, no se le puede imputar el haber usado tarde de su derecho. Lo contrario sucede en el que quiere poner la demanda de reconvencion y mútua peticion; y así le empieza á correr el término de los veinte dias desde la notificacion y traslado de la demanda que le puso el actor, y quando no usa dentro de este término de la accion, manifiesta que no quiere hacerlo ante aquel propio Juez; y como no puede executarlo ante otro miéntras esté pendiente la causa en que es demandado, por prohibirlo justamente las leyes, viene á conformarse el mismo reo con el único medio que le queda de usar de su accion en el fuero del actor, luego que éste haya acabado su causa.

48 Por todo lo expuesto me parece que se debe concluir toda la qüestion de este artículo con la regla constante de que en qualquiera tiempo y estado de la causa en que venga el tercero excluyente, aunque esté conclusa ó publicadas sus probanzas, debe ser oido *ex integro* hasta que se iguale con el estado de la primera causa, y corran despues unidas las dos por un mismo juicio y sentencia.

49 Por limitacion de la regla insinuada podrá admitirse el caso de que en el ingreso de la demanda se pruebe que el tercero procede en ella con dolo y mala fe; ya porque sabiendo positivamente la que pendia entre el actor y el reo, esperó á que se adelantase, y vino despues á detenerla, ya porque desde luego aparezca frívola y calumniosa, ó se le pruebe su malicia por qualquiera otro medio de los que se confian al prudente arbitrio

del Juez en materia tan oculta y dificil.

50 Debe observarse por último que qualquiera duda acerca del dolo y fraude del tercero excluyente bastará para que no se impida el curso de su nueva demanda, y se suspenda la anterior; pues quando en el progreso no la probase acreditando su buen derecho, entónces se manifestará la temeridad con que vino á litigar, y sufrirá la condenacion de costas, y de los perjuicios que causó á las otras partes.

CAPITULO XI.

De la execucion de las sentencias.

1 Hemos llegado al último oficio de la justicia, que es el de *jus suum cuique tribuendi*; y esto solo se cumple y verifica con la execucion de las sentencias, que es la causa primitiva en la intencion de los que litigan, pues siempre la dirigen á recobrar ó adquirir lo que les pertenece, ó á asegurarse en la posesion de los bienes que gozan. Las incomodidades, que los litigantes sufren en los pleytos, se templan con la esperanza de su victoria, y ésta seria vana y aerea si con la execucion de las sentencias no cogiesen el fruto que solicitan y desean. Salgad. *de Retent. part.* 2. *cap.* 18. *n.* 10. *y siguientes* recoge todas las autoridades que confirman la proposicion antecedente, y todas aseguran con uniformidad que ni por la sentencia, aunque pase en autoridad de cosa juzgada, ni por el mandamiento de su execucion se acaba el pleyto hasta que se lleva á debido efecto, resultando de este principio conseqüencias utilísimas que tambien se refieren en el lugar citado.

2 Quando los litigantes han conseguido que se executen las sentencias, unas veces logran la seguridad permanente de sus derechos, y en otras es solo temporal y sujeta á la suerte de que se reforme, ó se haga perpetua. La execucion, que procede de la cosa juzgada, mantiene su perpetuidad con proporcion á la que tiene su causa:

sa: ella es un efecto que debe guardar uniforme correspondencia con su orígen; y teniéndole en la misma cosa juzgada que hace una verdad inalterable, es preciso que los efectos de su execucion lo sean igualmente.

3 Si la execucion procede de las sentencias que no acaban el pleyto, porque continúa en los tribunales superiores en virtud de la apelacion ó por otro recurso competente, como sucede quando es admitida en solo el efecto devolutivo, se hace la execucion con calidad de revocable, así como lo está el principal juicio; y llegando la sentencia al término de cosa juzgada por qualquiera de los medios que se han explicado largamente en los capítulos quarto y quinto de la segunda parte, pierde la execucion desde entónces la condicion de temporal, y recibe en aquel punto la de perpetua, como lo queda el juicio principal; y del mismo modo recibirá la revocacion si se diere sentencia contraria que pase en autoridad de cosa juzgada.

4 La *ley* 15. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* dispone y manda que dos sentencias conformes en los negocios que por su gravedad y entidad, y por las demas calidades, puedan admitir segunda suplicacion, se executen en lo que fueren conformes sin embargo de la dicha segunda suplicacion, dando primeramente la parte, en cuyo favor se dieren, fianzas á contento de los Jueces, de quienes se suplicare, que si la sentencia de revista se revocare, volverá lo principal con los frutos á la otra parte.

5 Este es un exemplar de la execucion que se hace con calidad y condicion de revocable, atendiendo en la execucion al interes y beneficio de la parte, á quien se declaró su buen derecho por dos sentencias conformes dadas en los tribunales superiores, y considerando al mismo tiempo la seguridad de la parte vencida por medio de las fianzas para el caso insinuado de que se revoquen las citadas dos sentencias.

6 Igual disposicion se halla en la *ley* 6. *tit.* 24. *Part.* 3. *ibi*: "Desde que la sentencia fuere dada por el »Rey,

»Rey, ó por el Adelantado mayor de la Corte, fasta diez »dias puede pedir merced, la parte que se tuviere por »agraviada, que le oya sobre ella. E si estónce le fuere »otorgada esta merced, puédese mandar cumplir el jui»cio, si es dado sobre cosa mueble, ó raiz; dando fiado»res el vencedor, que tornará todo aquello de que se fué »entregado, si el Rey tuviere por derecho, de desfacer »aquella sentencia que era dada por él." Por la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. publicada por el señor Don Juan el I. año de 1390. se hallaba dispuesto, y así consta al fin de la citada ley, que "en el caso que la segunda sentencia »fuere dada, y fuere suplicado para ante Nos, que no »sea hecha execucion de la dicha segunda sentencia, fas»ta que sea dada la tercera sentencia confirmatoria, por »aquel, ó aquellos, á quien Nos lo encomendaremos."

7 Esta disposicion comprehende todas las segundas sentencias sin distinguir que sean ó no conformes á las de vista, y en uno y otro caso con solo interponer la segunda suplicacion, no se executaba la sentencia de revista. Esta es la verdadera inteligencia que se presenta bien descubierta en la letra de la citada *ley* 1, y la misma que la han dado los autores, considerando que por la enunciada *ley* 15. se corrigió la primera. Así se explica Acevedo sobre la citada *ley* 1. *vers. último*, y en la 15. *vers.* 1, y mas expresamente lo dice Maldonado *de Secund. supplication. tit.* 5. *quæst.* 11. *n.* 2.

8 La razon de utilidad pública que pudo mover al señor Don Felipe II. á establecer la citada *ley* 15. el año de 1563, corrigiendo la anterior de 1390, no se expresa, ni aun se percibe de la referencia y contexto de la mencionada *ley* 15. Acevedo pasa sobre las enunciadas dos leyes sin indagar sus motivos y fundamentos. Maldonado en el lugar citado *núm.* 3. reune tres causas parciales para formar una suficiente en que afianzar y justificar la nueva disposicion de la *ley* 15, y las reduce á las siguientes: á la grande autoridad de las dos sentencias conformes dadas por los tribunales superiores, y á la efi-

eficaz presuncion de su justicia: á que es muy debida toda reverencia en obedecer y cumplir lo que determina el Príncipe con pleno conocimiento de causa, ó los Ministros que inmediatamente representan su persona, asegurándolo con dos sentencias uniformes; y últimamente que se interesa la equidad en que no se retarde la execucion de las dos sentencias conformes con motivo de la segunda suplicacion, especialmente consultando la seguridad de la otra parte con las fianzas suficientes, que deben preceder á la execucion en el caso que obtenga sentencia favorable.

9 Estas mismas razones y fundamentos insinuó por punto general en iguales casos Vela *disert.* 36. *n.* 24; pero si se consideran con buena reflexîon los perjuicios grandes que desde luego nacen de la misma execucion de las dos sentencias, y los mayores á que estan expuestas las partes si se revocasen, se percibirá la mayor utilidad en la observancia de la citada *ley* 1, aunque las dos sentencias fuesen conformes, y en esperar la que se diese en el grado de segunda suplicacion para executarla entónces libremente.

10 Las leyes adquieren desde su establecimiento un derecho de permanencia para no ser desatadas, ni corregidas en todo ni en parte, salvo que se probase manifiestamente que producian perjuicio público, y que podian y debian mejorarse. Esto es lo que disponen las *leyes* 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1. por aquella razon que entre otras muy graves insinúa la citada *ley* 18. *ibi*: "É por»que el facer es muy grave cosa, y el desfacer muy li»gera, por ende el desatar de las leyes, é tollerlas del »todo que no valan, no se deve facer sino con gran con»sejo de todos los omes buenos de la tierra, los mas hon»rados, é mas sabidores, razonando primeramente los »males que y fallaren, porque se deban toller; é otrosí »los bienes que y son, é que pueden ser."

11 La observancia originaria y sucesiva por largo tiempo da otro realce á la utilidad y conveniencia pública de la ley, porque tiene á su favor otros tantos votos,

tos como son los pueblos que la han observado y guardado religiosamente; y por esta razon es tan recomendable el uso para entender y declarar el verdadero sentido de las mismas leyes, como se expresa en la 6. *tit.* 2. *Part.* 1. "Que ansi como acostumbráron los otros de la »entender, ansi deve ser entendida, é guardada"; y aun para probar el perjuicio que puede irrogar al público la ley, se hace grande consideracion de no haberla admitido el pueblo, como lo insinúa oportunamente el Señor Covarrubias *lib.* 2. *Variar. cap.* 26. *n.* 6. *vers.* 5. ibi: *Nam et maxime præsumendum est, eam legem, quæ à republica non recipitur, minime ei convenire.*

12 Todas estas partes y circunstancias recomiendan la permanente utilidad de la citada *ley* 1, pues se supone que en su establecimiento fué muy exâminada y probada, y que lo fué mas en el tiempo de mas de doscientos años que corriéron sin novedad hasta que por la enunciada *ley* 15. fué introducida la de permitir la execucion de la segunda sentencia, siendo conforme á la primera. Por otra parte no se expresa el daño que hubiese causado la observancia de dicha *ley* 1, ni se motiva el beneficio que podia traer la 15; y como en los buenos principios de la razon y de la ley no es conveniente mudar lo que siempre ha tenido interpretacion cierta, ni se permite introducir novedades no siendo la utilidad evidente, y ademas se observa generalmente en el establecimiento de las leyes manifestar el daño experimentado, y el bien que se promete con su enmienda, parece que faltando todas estas circunstancias en la referida *ley* 15. solo queda el arbitrio de recurrir á la *ley* 20. *ff. de Legib.* ibi: *Non omnium, quæ à majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*; y en la 21. *siguiente*: *Et ideo rationes eorum, quæ constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quæ certa sunt, subvertuntur.*

13 Pero dexando algun lugar al discurso sin dexar por eso de venerar la novedad de la citada *ley* 15, se percibirá que si en ella hay algun género de utilidad pública, es de muy

muy poco momento, y aparecerá todavía mucho menor si se compara con los daños que en lo general puede traer: porque las razones de autoridad, respeto y equidad, en que intenta fundarla Maldonado en el lugar citado, son comunes á las sentencias que dan los tribunales superiores, aunque no sean conformes, y lo son mucho mas en los casos de la segunda suplicacion, de que habla únicamente la ley; pues introduciéndose derechamente al Rey, debia ser mayor el respeto de este recurso para no hacer novedad, ni en el tiempo en que puede introducirse, ni despues de admitido.

14 La única razon de utilidad que yo puedo descubrir en que se execute la segunda sentencia, siendo conforme á la primera sin embargo de la segunda suplicacion, consiste en que entre mas prontamente en la posesion y goce de los bienes, de que se trata en el pleyto, el que tiene á su favor las dos sentencias, y que no se le dilate este beneficio, tolerando que continúe disfrutando dichos bienes el que ningun derecho tiene á ellos segun la grave presuncion de las dos sentencias conformes.

15 Dixe que esta dilacion era momentánea, porque los tiempos señalados para introducir y acabar la segunda suplicacion son breves, y estrechan por todos medios su puntual observancia; pues la súplica debe hacerse dentro de veinte dias contados desde la notificacion de la sentencia, conforme á lo que dispone la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4, y dentro de quarenta que corren desde el dia que suplicó, debe presentarse ante S. M., segun la *ley* 4. *del prop. tit.* 20. Los autos vienen al Consejo originales, y se excusa el tiempo y gastos de la compulsa, y se determina la causa por el mismo proceso sin recibir escrito ni peticion, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, dilaciones, ni pedimentos por via de restitucion ni en otra manera alguna. La vista y determinacion de estas causas es preferida á otros procesos de qualquier calidad que sean. Todo esto se previene á beneficio de la brevedad de es-

tos pleytos en la *ley* 2. *del propio tit.* 20. *lib.* 4.

16 Si por la entidad y gravedad de tales pleytos se informa en derecho, estan tomados todos los medios para ocurrir á la dilacion, concediendo únicamente dos meses de término, y reduciendo las informaciones á diez pliegos con lo demas que en esta razon disponen la *ley* 34. *tit.* 4. *lib.* 2, el *aut.* 18. *del prop. tit. y lib.*, los 1. 7. *y* 11. *tit.* 16. *lib.* 2; y aun se añade en dicho auto 11, que es en el que se da licencia para escribir en derecho, que lo hagan con arreglo á las disposiciones citadas, y que los diez pliegos de escrito sean de letra parangona, dirigiéndose todas las referidas providencias á la brevedad de estos importantes negocios.

17 Exâminando ahora los daños que recibirán las mismas partes, y resultarán al público de anticipar la execucion de las dos sentencias conformes, y de no esperar á que se determine la segunda suplicacion, se percibirá el exceso de los perjuicios sobre las utilidades y ventajas: el primero consiste en la dificultad de hallar fianzas suficientes, que es el preliminar de la execucion; y si alguna vez se encuentran proporcionadas al grande interes de estos pleytos, suele ser á mucha costa de la parte; pues las mas veces la ponen en necesidad de compensar al fiador el peligro á que se expone.

18 Aunque estas fianzas han de ser á contento de los Jueces, este debe ser en ellos un arbitrio justificado y prudente; y ántes de interponerle por su declaracion, debe ser oida la parte vencida, de cuyo interes se trata; y aunque este expediente es instructivo y breve, y no admite súplica ni recurso de lo que determinan los Jueces, ocupa tiempo, y causa gastos, que es otro daño de las partes y del público.

19 La execucion comprehende el reintegro de los bienes que se litigan; y es preciso formar inventario para justificar quales son y el estado que tienen á fin de hacer constar al tiempo de la restitucion, si se revocasen las sentencias, su exîstencia, las mejoras, ó desper-

fec-

fectos que se hayan causado en aquel tiempo. Tambien comprehende la misma execucion los frutos vencidos desde la contestacion de la demanda; y este es otro artículo de mas dificil prueba, que admite grandes dilaciones y los recursos competentes, y es otra parte de los perjuicios indicados.

20 Si por la sentencia, que se diere en el grado de segunda suplicacion, se revocasen las anteriores, se hallará la parte, que pretendió executar las dos sentencias conformes, complicada con nuevas dificultades para restituir lo que hubiese percibido, y los frutos que en su tiempo se hubiesen causado; y esta contingencia, aun sin esperar el efecto, debia contener el deseo de la execucion de las dos sentencias conformes.

21 Las mas veces no halla la parte fianzas suficientes, y pretende que se la admita por suplemento la caucion juratoria, que algunos autores estiman por suficiente: otros la resisten, y quieren que se cumpla en forma específica la dacion de fianzas; y tambien hay otros que toman el medio de poner en fiel depósito y administracion los bienes de la disputa. Estas tres opiniones se refieren mas largamente en la parte primera cap. últim. núm. 149. del *Labyrint. creditor.* de Salgado; y qualquiera de ellas que se admita, sufrirá una larga discusion y un pleyto costoso. Por todo lo expuesto debe proceder con detenida reflexion la parte, que solicite la execucion de las dos sentencias conformes, y estar muy atentos los Jueces á que si se lleva á efecto, sea por los medios mas equitativos, que aseguren el interes de uno y otro litigante.

22 Yo esperaria ántes de pedir la execucion de las dos sentencias conformes á que pasara el término de los veinte dias señalados para interponer la segunda suplicacion; pues si no usase de este recurso, quedara expedita la execucion sin el gravámen de dar fianza, y sin las demas contingencias que se han referido; y aun quando interpusiese en dicho término la segunda suplicacion,

convendria esperar el de los quarenta dias concedidos para presentarse ante S. M.; pues no haciéndolo dentro de ellos, queda extinguido este recurso, y la parte en libertad para recobrar los bienes y frutos contenidos en las dos sentencias conformes.

23 El término para introducir la segunda suplicacion fué siempre uno mismo; esto es, el de veinte dias, y tuvo un mismo principio, qual fué la notificacion de la sentencia; pero se reduxo á controversia si bastaria, para que empezase á correr dicho término, que se notificase al procurador, ó si seria necesario hacerla saber á la parte principal en todo su tenor específico. Prevaleció en este artículo la opinion de que no corria el término de los veinte dias si no se notificaba la sentencia á la parte principal; y como para este fin se habian de emplear mas tiempo y gastos, solicitando la otra parte las diligencias competentes, tenia entónces esta mayor causa para pedir desde luego la execucion de las dos sentencias, sin esperar la resolucion de la parte contraria en el punto de interponer la segunda suplicacion.

24 Pero estando ya decidida esta qüestion, y reducida á que con la notificacion del procurador empiece á correr el término de los veinte dias, como se expresa en la *ley* 16. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4, publicada en 18. de Agosto de 1774, cesan la dilacion y el perjuicio, y puede la parte suspender la execucion de las dos sentencias por el referido término de los veinte dias, y lograr el mayor interes y comodidad que se ha indicado, si dentro de ellos no se propusiese la segunda suplicacion; y aun puede tambien esperar los quarenta dias por si no se verificase su presentacion ante S. M.

25 La *ley* 8. *del referido tit.* 20. *lib.* 4. dispone y manda que dadas dos sentencias conformes sobre la posesion, no haya lugar á la suplicacion con la fianza de las mil y quinientas doblas, ni otro recurso ni remedio alguno, y que se executen, dando primeramente aquel, en cuyo favor se diéron las sentencias, caucion de fianzas

su-

suficientes á contentamiento de los Jueces que diéron la segunda sentencia, de que si fuere condenada la parte, en cuyo favor se executa, en la causa de la propiedad, restituirá las cosas de que así fuere hecha execucion, y le fueren entregadas.

26 La execucion de que habla esta ley, como efecto de las dos sentencias conformes, es tambien de las que estan expuestas á ser revocadas en el caso que expresa, y aun parece mas gravosa la fianza que debe preceder, y con mayores perjuicios que los indicados en el caso anterior: porque primeramente se supone que los pleytos, de que trata la citada *ley* 8, son de grande entidad y valor, segun se explica la *ley* 1. *del prop. tit. y lib.*, para que pueda haber lugar á la segunda suplicacion.

27 Este pensamiento de ser reducida la disposicion de la citada *ley* 8. á las causas, que permitian la segunda suplicacion, está descubierto por el órden y correlacion de la misma ley con la anterior próxima, que trata de las causas en que puede haber segunda suplicacion; sobre cuyo particular determina y declara que la cantidad ó cosa que se litiga ha de ser de tanto valor y estimacion como las mil y quinientas doblas de cabeza, de que habla la ley de Segovia, que es la primera citada, en donde se disponia con generalidad que los tales pleytos, en que podia suplicarse segunda vez, debian ser muy grandes ó de cosa árdua; y para quitar las dudas, que necesariamente se excitarian sobre si el pleyto era grande ó de cosa árdua, fué oportuna y necesaria la declaracion que se hizo en la citada *ley* 7.

28 Demuéstrase su mayor comprobacion en la letra de la misma *ley* 8; pues dispone hácia el fin que si las dos sentencias no fuesen conformes, "aya lugar la dicha ley »de Segovia, si el valor de la propiedad de la cosa fuere »de tres mil doblas de cabeza, ó dende arriba."

29 El señalamiento de esta cantidad fué nuevo y limitado á las causas posesorias; pues aunque tenia lugar en éstas y en las de propiedad un mismo valor que llegase

se á las mil y quinientas doblas, se aumentó justamente quando se trataba solamente de la posesion; y con el mismo discernimiento procedió la *ley* 9. *siguiente*, señalando para que tenga lugar la segunda suplicacion el valor de tres mil doblas en las causas de propiedad, y de seis mil en las de posesion.

30 El segundo supuesto consiste en que unas y otras causas, ya sean de propiedad ó de posesion, deben empezar en el Consejo, Chancillerías ó Audiencias, y las dos sentencias conformes que dieren estos tribunales producirán su execucion, y quedará cortado todo recurso con reserva únicamente para el juicio de propiedad.

31 De estos antecedentes resulta una conseqüencia evidente, reducida á que si empezaren en los referidos tribunales superiores los pleytos sobre posesion de bienes, cuyo valor en propiedad no llegue á las seis mil doblas de cabeza, las dos sentencias conformes se executarán libremente sin necesidad de que la parte, á cuyo favor se hayan dado, dé fianzas, ni otorgue otra alguna responsabilidad para el caso que sea vencida en el juicio de propiedad.

32 La razon fundamental de la conseqüencia indicada consiste en que las dos sentencias conformes sobre la posesion, supuesto que no puede haber segunda suplicacion por no llegar el valor de la propiedad á las seis mil doblas, causan executoria de cosa juzgada inalterable en aquel juicio, y su execucion debe ser expedita y sin el gravámen de las fianzas.

33 La execucion que se concede de las dos sentencias conformes en los juicios posesorios, en que podia tener lugar la segunda suplicacion, lleva por objeto principal el beneficio de la parte, á cuyo favor fuéron dadas en virtud de las fianzas para sufrir los gastos y las contingencias de la instancia de segunda suplicacion; y en esta inteligencia, que es la natural que se presenta en la ley, conviene observar y cotejar si el interes que resulta de la execucion de las dos sentencias á la parte, á cuyo favor fuéron dadas, es comparable con el gravámen que se la impone de dar fian-

fianzas suficientes, de restituir las cosas de que así fuere hecha execucion, y le fueren entregadas, si fuere condenada en la causa de la propiedad. Es cierto que á poca reflexion se presenta un exceso muy considerable en el perjuicio, que con la dacion de fianzas sentirá la parte que fué tan favorecida en las dos sentencias conformes; pues en las que se dieren en los juicios de propiedad, de cuya execucion se trató en el caso primero indicado, serian suficientes llegando á la cantidad de las tres mil doblas, que es el valor que hace lugar á la segunda suplicacion; y en estos juicios posesorios es preciso que el valor de las fianzas llegue al capital de las seis mil doblas, verificándose en este punto el exceso del perjuicio por la mayor dificultad de hallar fianzas que lleguen á esta cantidad.

34 El tiempo, que podrian subsistir gravados los bienes con las referidas fianzas en los pleytos de propiedad, es limitado al de la segunda suplicacion, y así estaba mas cerca de poner en libertad los bienes de las fianzas, que es un grande interes de las partes; pero las que se dan en los juicios sobre posesion son relativas al caso en que la parte fuere vencida y condenada en la causa de la propiedad, y este es un tiempo ilimitado y de tan larga duracion que podria hacer perpetuo el gravámen de las fianzas, impidiendo el uso libre de los bienes afectos á ellas, lo qual retraeria á sus dueños de sujetarlos á una responsabilidad tan grave y de tan larga duracion.

35 Porque la parte, que fué vencida en el juicio posesorio, puede tomarse el tiempo que quiera para introducir el de propiedad respecto de no estar señalado por la ley, como lo está en la segunda suplicacion; y quando usare prontamente de la accion en propiedad, será de mucha mayor duracion este juicio hasta acabarlo, no solo con las dos sentencias conformes sino tambien con la segunda suplicacion.

36 La posesion, que se declara y autoriza con las dos sentencias conformes, no solo pone á la parte en estado de percibir los frutos, por ser esta facultad un efec-

to

to preciso de la posesion, sino que tambien hace que se considere al que la tiene como dueño y señor de los bienes. Estas son dos proposiciones capitales, sobre que proceden con uniformidad las leyes y los cánones, señaladamente la 27. y 28. *tit.* 2. *Part.* 3, el *cap.* 19. *de Jur. Patronat.* y los autores que tratan de esta materia, citados por Salgado *en su Labyrint. part.* 2. *cap.* 22. *n.* 74. En este concepto de ser el que obtuvo las dos sentencias no solo poseedor sino tambien señor de los bienes, parecia que no debian interrumpirse sus facultades por un tiempo y contingencia tan incierta, de que pudiese ser condenado en el juicio de propiedad.

37 Quando se intenta este juicio de propiedad contra el que está en posesion, no se altera su estado, ni se le interrumpe la percepcion libre de sus frutos miéntras durare el juicio. El que tiene la posesion por autoridad judicial, como sucede en las dos sentencias conformes de los tribunales superiores, funda un derecho mas poderoso en los bienes, que el que da la mera posesion en que se halla la parte, quando se la demanda sobre la propiedad; y por esta mayor razon debia ser de mejor derecho, y no sujetarse á la gravosa obligacion de dar fianzas de responder de las resultas de un pleyto, que aun no se ha introducido.

38 Los pleytos que se promueven sobre la tenuta de los bienes de mayorazgo por el remedio de la ley de Toro, que es la 8. *tit.* 7. *lib.* 5, reducian su efecto en las dos sentencias de vista y revista á la pura tenencia de dichos bienes; y como no tocaban en la posesion, se executaba la segunda sentencia, aunque fuese revocatoria de la primera, sin permitir otro remedio, ni recurso alguno en aquel juicio, supuesto que las partes podian usar en las Chancillerías del que las correspondiese en quanto á la posesion y propiedad, pues para uno y otro efecto se remitian los pleytos á ellas. Esto es lo que dispone la *ley* 9. *tit.* 7. *lib.* 5, y por este respecto no venian entónces los referidos pleytos sobre tenencia de bienes de mayorazgo comprehendidos en la disposicion de la *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4.

ni

ni en quanto á que fuesen conformes las dos sentencias para ser executadas, ni para que de la de revista hubiese segunda suplicacion; y esto procedia por no ser grave el perjuicio que causaban, y quedar reservados otros remedios ordinarios para la posesion y propiedad.

40 Pero habiéndose declarado en la *ley* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. que, determinados en el Consejo los pleytos sobre tenuta de los bienes de mayorazgo, las sentencias de vista y revista se entendiesen no solo sobre la tenencia sino tambien sobre la posesion, remitiéndose únicamente á las Audiencias en quanto á la propiedad, parecia que debian estar en el caso de los juicios posesorios, de que trata la citada *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4, y admitirse la segunda suplicacion sin executarse la sentencia de revista, que no fuese conforme con la de vista por concurrir las mismas circunstancias, y ser las mas veces estos pleytos de mayor gravedad; pero lo cierto es que la enunciada *ley* 10. no declara si debe ó puede haber segunda suplicacion en los juicios de tenuta ó posesion de los mayorazgos, y parece por su contexto que la excluye, pues dice: "Que sobre lo así sentenciado no aya, ni pueda »aver otro pleyto, y juicio de posesion."

41 Como esta última cláusula indefinida y general podia motivar la duda de si en ella se comprehendia la segunda suplicacion por no estar específica, fué muy oportuna la *ley* 14. *tit.* 20. *lib.* 4, por la qual se ordena y manda que de las sentencias, que dieren los del Consejo en los pleytos y negocios "sobre la posesion »de los bienes de mayorazgo, no aya, ni pueda aver »lugar la segunda suplicacion de las mil y quinientas »doblas, que la ley de Segovia dispone, aunque las »sentencias de vista y revista, que dieren, no sean con»formes, sin embargo de la ley de Madrid, que es »la octava de este título, y quedando aquella en su »fuerza y vigor en los otros pleytos y negocios, que »no fueren sobre la tenencia, y posesion de bienes de »mayorazgo."

42 La *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. reduce á una sola sentencia las dos, que hasta entónces se daban sobre la tenuta ó posesion de los mayorazgos, y excluye tambien la suplicacion y otro remedio ó recurso, ratificando que la remision de los autos á las Audiencias sea únicamente sobre la propiedad.

43 Por el órden de las disposiciones referidas acerca de la posesion de los bienes de mayorazgo se demuestra que una sola sentencia es executiva libremente y sin el gravamen de fianzas; y parecia que con mayor razon debia hacerse así en los otros negocios, especialmente quando las dos sentencias de vista y revista son conformes; pero dexando correr la distincion con que proceden las enunciadas leyes, y permitiendo su observancia en los juicios posesorios se advierten dos notables diferencias: una que quando la sentencia de revista es contraria á la primera, no se executa, y se admite la segunda suplicacion, sucediendo lo contrario en la posesion de los mayorazgos; y otra que en los juicios posesorios comunes no pueden executarse ni aun las dos sentencias conformes si no se da ántes la fianza que previene la citada *ley* 8. *tit.* 20. *lib.* 4; executándose una sola respectiva á la posesion de los mayorazgos sin fianza alguna y sin responsabilidad de restituir los frutos vencidos hasta entónces, y aun de los que reciba posteriormente hasta el tiempo en que conteste la demanda de propiedad que le fuere puesta.

44 La execucion de las dos enunciadas sentencias, y la prohibicion de que tengan segunda suplicacion, hacen un beneficio á la parte, á cuyo favor son dadas; y como lo puede renunciar, y no usar de la execucion, ya sea por no hallar fianza suficiente, ó ya por no estimar conveniente recibir este gravamen, tocariamos entónces en un caso que no determina la citada ley, y se excitaria la duda sobre la resolucion y medios que debian tomarse; pues quedando sin executarse las dos enunciadas sentencias conformes, continuará en la posesion de los bienes el

el mismo que ántes estaba en ella, y las dos sentencias serán inútiles y sin fruto para el que las hubiese obtenido á su favor: porque ni puede introducir por sí la segunda suplicacion por faltarle el gravámen, que no le irrogan las sentencias, ni hay términos para que pueda demandar la propiedad á uno que por las mismas dos sentencias está declarado no ser poseedor, viniendo por conseqüencia á quedar sin recurso el que las hubiese ganado en el juicio de posesion.

44 Si se seqüestran los bienes, es preciso señalar tiempo para que la parte, contra quien se diéron las dos sentencias conformes, use de su derecho en el juicio de propiedad dirigiéndolo contra el que obtuvo las dos sentencias como poseedor legal; y si pusiese y formalizase esta demanda, se ve el largo tiempo y gastos que se causarian hasta acabarla por todos sus trámites y sentencias, y se defraudaria al poseedor de la percepcion de frutos y de otras muchas ventajas, que trae la posesion natural.

45 Si pendiente el seqüestro se determina y señala tiempo al que perdió las dos sentencias, para que pueda usar de la segunda suplicacion con la fianza de las tres mil doblas, quedará mas prontamente expedito el uso de los bienes al que logró las dos sentencias conformes, si se confirmaren por la que se diere en la segunda suplicacion, y si en ésta se revocaren aquellas, los recobrará el antiguo poseedor sin los embarazos de las gravosas fianzas que prescribe la ley.

46 Por esta consideracion parecia este último medio el mas oportuno en el caso propuesto de no executarse libremente y sin fianzas las dos sentencias conformes en los juicios posesorios; pues así como renunció el que las obtuvo á su favor el beneficio de la execucion, venia desde entónces á quedar el pleyto en el estado y circunstancias de las leyes anteriores y de sus disposiciones comunes, que permiten suplicar segunda vez, quando el valor de la propiedad llega á seis mil doblas y de allí arriba.

47 Tambien hay otras sentencias, que merecen execucion desde el punto que son dadas en primera instancia sin esperar su confirmacion, dando el acreedor fianzas suficientes de restituir lo que percibiese si se revocase la obtenida á su favor. En esta clase está la sentencia de remate que es dada en los juicios executivos; pues sin embargo de que se interponga de ella apelacion, cuyo efecto es limitado al devolutivo, se executa inmediatamente, y se procede á la venta de los bienes del deudor hasta hacer entero pago al acreedor del principal y de las costas causadas.

48 La *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* dió la primera idea á estas executiones, que proceden de obligaciones, contratos, compromisos, sentencias, ú otras qualesquiera escrituras que tengan aparejada execucion: su disposicion contiene dos partes, y es de observar en la primera quales sean aquellas obligaciones, contratos ó escrituras que tengan aparejada execucion; y en la segunda tambien parece que está diminuta, pues suponiendo que no haya probado el deudor las excepciones que hubiese propuesto de las señaladas en la misma ley, manda al fin de ella que el Juez proceda á la execucion del tal contrato ó sentencia, y la lleve á debido efecto sin prevenir, ni imponer al acreedor la obligacion de dar fianzas.

49 Otra especialidad se advierte en la citada *ley* 1, y es la de haberse establecido en favor de los mercaderes y otras personas de la ciudad de Sevilla; pero como la razon y espíritu de la ley era comun á los demas pueblos del reyno, debia tener el mismo efecto en todos ellos, como se observa por regla general en los rescriptos y constituciones de los Príncipes; y señaladamente han seguido todos los autores esta regla en la exposicion de las *leyes* 13. *y* 14. *tit.* 7. *lib.* 7. *de la Recop.*; pues aunque la primera habla de los cortijos y heredamientos de Granada, y la segunda de los acotamientos que hacian los de Avila en virtud de su particular ordenanza, siem-

siempre se ha entendido ser sus disposiciones generales á todo el reyno.

50 Con efecto siguiendo estos mismos principios, mandáron los señores Reyes católicos en la *ley* 2. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. que la anterior se guardase generalmente en todos sus reynos, viniendo á ser propiamente una declaracion de lo que se contenia en la citada *ley* 1; y en el progreso de la 2. repitiéron con mas estrecho encargo á las Justicias que quando los acreedores presentasen cartas, contratos públicos y recaudos ciertos de obligaciones, las cumplan y lleven á debida execucion en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas.

51 Esta disposicion procede sobre dos supuestos ó condiciones: una que sean pasados los plazos de las pagas; y otra que las excepciones que hubiese propuesto el deudor no sean legítimas, ó no las haya probado dentro de diez dias. A falta de una y otra condicion procede la execucion y el pago efectivo al acreedor, á quien tampoco impuso la ley obligacion de dar fianzas, pues no hace memoria de ellas para este caso.

52 El último caso que propone la ley prueba manifiestamente el concepto que se ha formado en los casos anteriores; pues reduciéndose á que el deudor señalase testigos fuera del Arzobispado ú Obispado para probar sus excepciones sin poder presentarlos dentro de los diez dias, dispone que pague luego al mercader ó acreedor, dando el tal mercader ó acreedor fianzas de que si el deudor probase la paga ú otra excepcion que le pueda excusar, que le tornará lo que así pagare con el doblo por pena en nombre de interese.

53 Esta es la vez primera que se oye en las leyes el nombre de fianza en el acreedor, que recibe la cantidad que se le debe por efecto de la execucion; y no seria extraño que dicha fianza se entendiese limitada al último caso que la ley propone de que los testigos señalados por el deudor estuviesen fuera del Ar-

zo-

zobispado ú Obispado, pues su literal disposicion da fundado motivo á esta inteligencia; pero atendidas las disposiciones positivas de otras leyes, y las referencias que hacen á la citada *ley* 2, se manifiesta que las fianzas, que deben dar los acreedores, comprehenden todos los casos en que por sentencia de remate en los juicios executivos reciban la cantidad de sus créditos, reduciéndose la obligacion de estas fianzas á que restituirán al deudor lo que hubieren recibido si se revocase la sentencia de remate.

54 Esta inteligencia se demuestra por el órden y contexto de la *ley* 19. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4, cuyo principal objeto fué reunir las formalidades esenciales y términos que debian guardarse en los juicios executivos. En el principio dice la ley que por no estar declarada por leyes de estos reynos la forma, que se ha de tener en las executiones de los contratos públicos y de otras escrituras que traen aparejada execucion, habia diferentes estilos; y para ocurrir á esta variedad, y reducirlos á una práctica uniforme y constante, dispone y señala el órden que debe guardarse desde el principio de la execucion; y llegando al término de hacer remate y pago á la parte, previene lo siguiente: "Dando las fianzas la parte, que »pide execucion, que la ley de Toledo, y las otras leyes »de estos Reynos disponen."

55 Aunque el caso de esta ley parece reducido al supuesto de que el deudor no se opusiere á la execucion dentro de los tres dias señalados: *ibi*: "Y no haciendo la »oposicion dentro de los dichos tres dias, mande el Juez »hacer remate, y pago á la parte, dando las fianzas, &c." concurre sin embargo la misma razon, quando habiéndose opuesto no propusiere, ni justificare excepciones legítimas dentro de los diez dias; y así como procede entónces la sentencia de remate y pago, debe preceder á éste la seguridad de las fianzas con el propio efecto y fin de restituir lo que percibiere, si por el superior se revocare la citada sentencia de remate.

La

57 La *ley* 4. *del prop. tit.* 21. *lib.* 4. trata de las sentencias que dan los Jueces arbitros *juris*, y los arbitradores y amigables componedores, y manda que se executen haciendo el acreedor obligacion, y dando fianzas llanas y abonadas de restituir lo que hubiere recibido por virtud de la tal sentencia con los frutos y rentas, segun que fuere condenado si la tal sentencia fuere revocada.

58 En la *ley* 24. *del prop. tit. y lib.* se manda: "Que »en lo que se conformaren los contadores nombrados por »las partes, siendo confirmado por sentencia del Juez que »de la causa conociere, la tal sentencia se execute sin em»bargo de apelacion", baxo la misma obligacion y fianzas prevenidas en la citada *ley* 4, y con el mismo fin y efecto.

59 Reunidas todas las enunciadas leyes se percibe con evidencia que las fianzas que prescriben no tienen diferencia alguna en su fin y objeto, y por esta razon usó oportunamente la citada *ley* 19. de la referencia general á la ley de Toledo y á las otras leyes de estos reynos.

60 Las sentencias, en que se mandan dar alimentos á los que litigan, son executivas desde el punto en que se pronuncian, reduciéndose la apelacion á solo el efecto devolutivo; y esto procede no solo en las que despues de un serio y maduro exámen del juicio salen con el nombre de difinitivas, sino tambien en aquellas que se proveen como interlocutorias, fundadas en las pruebas y presunciones de la calidad del que litiga, y de su buen derecho, bastando una sumaria instruccion que incline el ánimo del Juez á concebir recomendables las circunstancias en que se funde la obligacion de dar alimentos al litigante, sin que haya diferencia entre los que piden alimentos como hijos y descendientes, y por oficio del Juez, y los extraños que los solicitan por via de accion; pues en unos y otros tiene lugar la execucion de la sentencia sin que la suspenda la apelacion, como

lo

lo expuse y fundé largamente en el capítulo segundo de esta segunda parte.

61 Aquí viene á tratarse ahora del que obtiene la misma sentencia alimentaria y la execucion de ella; esto es, si revocada dicha sentencia, el que recibió y consumió los alimentos debe restituir su importe, dando á este fin fianzas previas; y no hallándose esta duda declarada expresamente por las leyes, se ha reducido á variedad de opiniones. El señor Covarrubias en el *cap. 6. de sus Prácticas* explica hasta el núm. 6. los casos y calidades en que puede tener lugar la obligacion del reo á dar alimentos al que los pide, y en el núm. 7. trata de su restitucion, y se explica en los términos siguientes: *Quartum his ipse addere minime dubitabo, id etenim receptissimum, nempe dandam esse cautionem idoneam de restituendis his alimentis, et expensis, si actor ipse in causa succubuerit, aut accepto ferendis, ubi is victoriam obtinuerit.*

62 La misma opinion sigue Molina *de Primogen. lib. 2. cap. 16. n. 42. y 43.* con otros autores que refiere, y entre ellos Molin. *de Justit. et jur. disp. 616. numer. 15. vers. Utrum autem is*; pero los mismos hacen una distincion muy esencial entre los alimentos que se dan á los que piden y solicitan en el concepto de hijos ó descendientes, y los que se entregan por otros justos respetos, aunque sean á extraños, si se estiman por el Juez acreedores á su percepcion. Los primeros alimentistas dicen estos autores que no son responsables á pagar el importe de los alimentos que han recibido, aunque pierdan la causa, y sean vencidos en la sentencia difinitiva del juicio, pero que no sucede así en los extraños; y por esta diferencia opinan que estos deben dar fianzas suficientes ántes de recibir los alimentos, exônerando de esta obligacion á los que con el título de hijos y descendientes los gozan en virtud de la primera sentencia difinitiva ó interlocutoria.

63 Por la opinion contraria estan Masuero y Boerio en los lugares que refiere el mismo señor Covarrubias,

bias, asegurando que los que reciben alimentos, aunque sean vencidos en la difinitiva del juicio, no estan en obligacion de restituirlos, y por esta causa consideran ociosa la fianza ó caucion indicada. Á la misma opinion se inclinan Velasc. *qüest.* 39. *n.* 62: Menoch. *de Præsumptionib. lib.* 1. *qüest.* 35. *n.* 37, con otros que refiere Faria en sus adiciones á la citada *qüest.* 6. del señor Covarrubias sobre el n. 7.

64 Si se consideran de intento las razones y autoridades en que fundan sus respectivas opiniones, se conocerá el libre arbitrio que se han tomado para establecerlas, causando grandes daños á la causa pública, así por los muchos pleytos que excitan las partes, auxîliadas de las doctrinas que las favorecen, como por la variedad de las sentencias; y muchas veces llega una opinion á tomar el nombre de comun por el mayor número de los autores que la han seguido sin aquel discernimiento y detenido exámen que conviene.

65 La *ley* 7. *tit.* 19. *Part.* 4. decide tres puntos capitales en esta materia: el primero que solicitando alguno con el título de hijo ó descendiente que su padre le crie y alimente, aunque el padre niegue la qualidad de hijo en que el actor se funda, si lo probase este plenamente en el progreso del juicio, llegando á declararse por sentencia difinitiva, procede en este caso sin disputa la prestacion de alimentos y su execucion, sin embargo de que el padre apele de dicha sentencia.

66 El segundo caso es que sin esperar á las pruebas ordinarias del juicio ni á su final determinacion, se debe mandar que el padre asista con los alimentos y litis expensas al que pretende ser su hijo, con tal que este pruebe sumariamente hallarse, quando mueve el pleyto, en esta quasi posesion, ó que por otras presunciones y señales justifique la qualidad en que se funda; pues entónces procede que por sentencia interlocutoria se mande inmediatamente al padre que le asista con los alimentos, entendiéndose esta providencia con reserva de que las

partes pueden probar en el juicio plenario si es ó no tal hijo.

67 El tercer caso consiste en que esta ley no impone al hijo, que ha de percibir los alimentos, obligacion de dar fianzas, ni caucion de restituirlos aun en el caso de ser declarado por sentencia difinitiva no ser hijo de aquel, de quien ha recibido los alimentos; y de esta omision, que no puede atribuirse á olvido de la ley, infieren en los lugares citados el señor Covarrubias, Molina y otros, una singularidad en los hijos y descendientes para no ser responsables á los alimentos que han recibido, aunque sean vencidos en la difinitiva, exônerándolos necesariamente de la fianza y caucion por faltar el fin á que debian dirigirse.

68 Este pensamiento está bien fundado en la omision de la citada ley, pues las que exîgen en otros casos restitucion de lo que se percibe por la execucion de las sentencias, previenen expresamente las fianzas que deben darse, y sin esta disposicion no podria imponerse este gravamen.

69 La *ley* 27. §. 3. *ff. de Inoffi. testam.* confirma la proposicion antecedente, pues obligando, en el caso que propone, al heredero escrito á que dé alimentos al que en concepto de hijo ó nieto arguia de inoficioso el testamento, y habia obtenido á su favor una sentencia, no le impone la obligacion de dar fianza, que es el mismo argumento para no considerarle responsable á la restitucion de los percibidos, aunque sea vencido en la difinitiva del juicio; y la *ley* 1. §. 7. *ff. Si mulier vent. nomin.* confirma mas expresamente la misma proposicion; pues suponiendo que habiéndose dado alimentos á la madre en el concepto de estar embarazada del que tendria derecho á todos los bienes, salió incierta su opinion, y se trataba luego de la obligacion que tendria la misma alimentada á volver lo que con este título habia recibido, se decide no ser responsable á su restitucion, á ménos que se probase haberlos recibido por calumnia y dolo.

Por

69 Por todas las referidas disposiciones que tratan de los hijos y descendientes, que con este pretexto recibiéron alimentos, y fuéron despues convencidos en juicio, se forma la conclusion mas segura de no estar obligados á su restitucion, y en esto van conformes todos los autores. Toda la diferencia consiste en si la libertad de restituir los alimentos es limitada, y debe restringirse por particulares circunstancias y motivos á los hijos y descendientes que los perciben con este pretexto, ó si es comun y general esta misma libertad á todos los demas, á quienes pendiente el pleyto se los hayan dado por mandamiento del Juez.

70 El señor Covarrubias en el citado *cap. 6. de sus Prácticas n. 7*, el señor Molina *de Primogen. lib. 2. capit. 16. num. 41*, Molina *de Justit. disputat. 616. n. 15. vers. Utrum autem is*, y otros muchos, hacen singular y privilegiada de los hijos y descendientes, que por este título reciben alimentos, la indemnidad de no restituirlos, aunque en el juicio plenario sean convencidos de que no son tales hijos y descendientes, declarándose por la sentencia difinitiva haberles faltado la causa para exigirlos de los que pretendieren ser sus padres o ascendientes.

71 En esto siguió el señor Covarrubias la opinion de la glosa sobre la *ley última Cod. de Carbon. edict.*; pero no expone la razon singular que pueda concurrir en los que como hijos y descendientes perciben alimentos en el caso propuesto de ser vencidos, que no asista igualmente á todos los demas, que con qualquiera otro título los reciban, pendiente el pleyto; pues aunque se permita que con menor prueba ó mas ligera presuncion mandó el Juez asistir con alimentos a los que se presentan como hijos ó descendientes, y que pudieran tener en esta parte alguna consideracion privilegiada; pero sabida la verdad por la sentencia difinitiva de no ser tales hijos y descendientes del que por mandamiento del Juez se los dió, se disipa aquella causa, retrotrayendo su falta al principio del

pleyto y su contestacion, como si en aquel momento hubiera constado plenamente el defecto que en el progreso del juicio se descubrió y calificó con mejores pruebas, viniendo á ser mas dignos de correccion y pena los que falsamente se tomáron el nombre de hijos y descendientes para lograr prontamente sus alimentos, y adelantar la esperanza de mejorar sus derechos, si hubieran vencido en la instancia.

72 El señor Molina en el citado *lib. 2. cap. 16. n. 42. y 43.* repite la misma razon que se ha indicado, y añade otra, ibi: *Ab aliis vero extraneis, qui non ita habent præsumptionem pro se, repetentur; cum in eis contrarium jure cautum non inveniatur.* En esta última cláusula está la nueva causa que añade este sabio autor, reducida en substancia á decir que los hijos y descendientes no restituyen el importe de los alimentos recibidos con estos títulos, aunque se convenzan en el juicio de supuestos y falsos, por no estar prevenida esta restitucion en las leyes que hablan de los hijos y descendientes; y que los extraños no tienen á favor de su libertad iguales disposiciones; de manera que no se atreve á decir que existe algun derecho que imponga á los extraños, que recibiéron alimentos, obligacion de restituirlos, siendo vencidos en el juicio principal.

73 En el mismo *n. 43. vers. Sed quamvis*, hace el mismo autor una distincion de voces, cuyo efecto no se podrá percibir fácilmente; pues supone que el hijo que está en la quasi posesion de esta calidad, y que por ella recibe alimentos, pendiente el pleyto, no está obligado á restituirlos, aunque sea convencido despues, que es su propia opinion, siguiendo en esto la del señor Covarrubias. De este antecedente saca dos consequencias: la primera que no se les debe obligar á dar fianzas para la precisa restitucion de los alimentos en el caso de ser vencidos en la causa, ibi: *Injustum videtur eum compellere ad præstandam satisdationem, quod si in causa succubuerit, alimenta præcise restituet:* la segunda se reduce á que

que debe dar caucion de restituir los alimentos, en quanto por derecho esté obligado á hacerlo, ibi: *Ideoque juri, ac rationi magis consonum videtur, quod præstetur cautio, quod si in causa succubuerit agens, cui alimenta præstantur, ea restituet, quatenus de jure ad id ipsum adstrictum esse compertum fuerit.*

74 Quando el señor Covarrubias trata en el citado *n.* 7 de la necesidad de que los que reciben alimentos, pendiente el pleyto, den fianzas de restituirlos en el caso de ser vencidos, motiva su opinion en que por este medio se contendrán los pobres para no litigar incautamente y con temeridad al abrigo de la esperanza de recibir alimentos y litis expensas miéntras se halle pendiente el pleyto, estando seguros por otra parte de que por su pobreza no podrán restituirlos, aunque hayan litigado con calumnia, y sean por esta razon vencidos.

75 Este fundamento es comun á los extraños, hijos y descendientes, porque unos y otros podrán tomar con temeridad y de mala fe los títulos que se aparentan para obtener los alimentos y litis expensas; y aunque hayan logrado darles algun colorido suficiente á que el Juez los mande socorrer con estos auxilios, si en el progreso del juicio se descubre y convence haberlo hecho con dolo y calúmnia, serán unos y otros igualmente responsables á restituir lo que hayan percibido; pero como puede perderse un pleyto por no probar cumplidamente su derecho, aunque la parte tuviese buena fe, este es el punto preciso de la qüestion; y en él no se descubre razon sólida en que pueda fundarse la diferencia indicada por los referidos autores.

76 Yo percibia otra causa al parecer mas poderosa, para que todos los que con qualquiera motivo recibiesen alimentos, siendo vencidos en la causa, los restituyesen; y consiste en que los alimentos son unas impensas necesarias para conservar al hombre, y las mismas que necesariamente hubiera hecho por otro medio gravoso y de responsabilidad, si no las hubiera recibido del reo que tra-

traxo al juicio; y en este supuesto le competia una accion de *in rem vers.*, que es la mayor preferencia.

77 Estos alimentos provisionales se dan con ligeras pruebas por las indicadas causas de ser hijos, descendientes, ó extraños con buen derecho á los bienes que solicitan, concurriendo además la pobreza de los actores; y faltando estas causas entra de lleno la condicion, *ob causam datam*, *causa non sequuta*; viniendo tambien á tener lugar la condicion *indebiti per errorem soluti.* Porque á la verdad, ¿qué mayor error que mandar contribuir con alimentos al que se tenia por hijo y no lo era, y al que se estimaba con buen derecho á los bienes que pretendia, faltándole ciertamente estas circunstancias en el concepto de las leyes, aunque por algun tiempo se equivocase el Juez para mandárselos dar?

78 Sin embargo de estas nuevas consideraciones, y de las que motivan los autores citados para estimar en los extraños la obligacion de restituir el importe de los alimentos, que recibiéron pendiente el pleyto, en el caso de ser vencidos en el juicio principal, procede la opinion contraria auxiliada de los autores que se han referido tambien, cuyos fundamentos se exâminarán con el mas exâcto discernimiento, para demostrar, si es posible, el valor de una y otra.

79 Todos estos autores niegan la singularidad que se quiere atribuir á los hijos y descendientes, para libertarlos de la restitucion, limitando á ellos solos las leyes que no se la imponen. Este es el principal fundamento de la referida opinion, y como en la opuesta no se descubre motivo de especialidad en el punto de la restitucion de alimentos, las razones generales inclinan á comprehender á unos y á otros en igual libertad de no restituirlos.

80 Yo añadiria para mayor claridad de esta segunda opinion que su principal fundamento consiste en la quasi posesion en que estaban quando se empezó el pleyto, ó en la que fuéron puestos por sentencia provisional del

del Juez de percibir sus alimentos; y que por efecto de esta posesion justa y legítima, pues se autorizó por el Juez de la causa, se consumaba y acababa en cada dia la obligacion alimentaria de parte del reo, y la accion del que los recibia; en cuyo supuesto, que parece notorio, entran las reglas que disponen y establecen que aunque posteriormente se descubriese y verificase la falta de aquella causa primitiva, no se invierte ni altera el justo título, ni se cae en la responsabilidad que no tenian en aquellos principios. Así lo declara el *cap.* 73. *de Regul. jur. in Sext. Factum legitime retractari non debet, licet casus postea eveniat, à quo non potuit inchoari.* Lo mismo se dispone en la *ley* 85. *ff. de Regul. jur. §.* 1. *Non est novum, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt.*

82 En confirmacion de este pensamiento viene oportunamente la decision del *cap.* 19. *ext. de Jur. patron.*; por la qual se autoriza la presentacion del que estaba en posesion del patronato, aunque en realidad no lo fuese, y se declarase así en el juicio de propiedad: porque el fruto de la presentacion fué cogido y consumido con buena fe y justo título; y aunque este se deshiciese por la sentencia posterior de propiedad, no influye defecto alguno en el fruto consumido de la presentacion.

83 Al mismo intento conduce la *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. *de la Recop.*, por la qual se executa la sentencia de tenuta en los bienes de mayorazgo, y en los frutos que hasta entónces han producido sin obligacion de restituirlos, aunque el poseedor sea vencido en la propiedad.

84 Así la sentencia dada en las tenutas como la respectiva á favor del que está en posesion del patronato, se fundan en la causa de considerarse los poseedores por una presuncion legal legítimos sucesores en su propiedad; y aunque falte esta causa, y se descubra por las sentencias posteriores que en realidad y por derecho no existia, ni existió en tiempo alguno, no se revocan los efectos que se consumiéron legítimamente en aquellos tiempos.

De

85 De estos antecedentes se deduce la mas cabal satisfaccion á las dos observaciones que se hiciéron á favor de la opinion primera, porque es cierto que en el tiempo en que se diéron los alimentos existia legalmente la causa en que se motiváron, y eran tenidos por verdaderos acreedores, y así no pueden repetirse por la condicion *ob causam datam*, *causa non sequuta*, ni por la de *indebiti per errorem soluti.*

86 Últimamente por esta segunda opinion se evita un grave daño que padecerian los alimentarios sin embargo de su posesion y buena fe, si se observase la primera; pues habiendo recibido menudamente y en pequeñas partes sus alimentos, tendrian que restituir de una vez el todo de ellos, que ascenderia á grandes sumas, haciendo mas penosa y dificil su paga.

87 Este inconveniente se consideró en las imposiciones y redenciones de los censos, para no permitir que las cantidades recibidas de una vez se redimiesen en pequeñas partidas, estimando algunos que debia hacerse de todo el capital, ó á lo ménos de porciones que pudieran imponerse útilmente por los acreedores; y así se observa en los tribunales, siguiendo la doctrina de Rodrig. *de Ann. redditib. lib.* 1. *q.* 18. *n.* 31.

88 Reuniendo por conclusion de este capítulo las execuciones de las sentencias en las clases que se han referido, es consiguiente tratar por su órden de las personas, que pueden y deben executarlas, y asimismo del método que han de observar en su conocimiento, con respecto á las instancias, excepciones y recursos que promuevan las partes. De uno y otro se tratará separadamente en los dos capítulos próximos.

CA-

CAPÍTULO XII.

El Juez de primera instancia debe executar las sentencias que pasaren en autoridad de cosa juzgada.

1 Varias son las causas y razones por las quales reciben las sentencias la autoridad permanente de cosa juzgada: como si los litigantes consienten expresamente la que es dada por el Juez de primera instancia: si lo hacen por un reconocimiento tácito de su justicia, no apelando en el término que señalan las leyes: si aunque la interpongan, y les sea admitida, no la mejoran en el que les concede el Juez, ó señalan en su defecto las leyes; y últimamente si mejorada ante el superior, la desamparan por no presentar el proceso en tiempo competente, ó no la continúan, dando justa causa á que se estime y declare por desierta, sin entrar el superior en el conocimiento del negocio principal.

2 De todos estos medios traté con extension, explicando sus fundamentos en los capítulos quarto y quinto de esta parte segunda, concluyendo con la demostracion de que la sentencia dada por el Juez de la primera instancia queda firme, y su execucion corresponde privativamente al mismo Juez que la dió.

3 Quando se continúa la apelacion por todos sus términos y grados, y determinan las causas con sus respectivas sentencias los Jueces superiores, formando el número de tres conformes, que es la regla comun en que consiste la cosa juzgada, ó por solas dos sentencias en los casos particulares que explican y señalan las leyes, de que tambien se ha hecho mencion en diferentes partes de estas *Instituciones*, señaladamente en el capítulo quarto de esta segunda parte; entra la duda y competencia sobre el Juez que ha de executar la cosa juzgada, si el de primera instancia, ó el último que causó la executoria.

Estos son los términos propios de esta qüestion, y no entran en ella los demas casos que se han referido al principio de este capítulo, convenciéndose por este órden sencillo que no estan considerados con propiedad en la clase de limitaciones ó excepciones de la regla indicada por el señor Salgado *de Regia protect. p. 2. cap. 29. n. 31.* y Scacia *de Appellat. q. 11. art. 7. n. 166.*

4 La conclusion, que se propone en el epígrafe de este capítulo, se probará por dos medios, uno de razon, y otro de autoridad. Para el primer medio se supone que todas las leyes y los cánones miran como causa primitiva en la ordenacion, decision y execucion de los pleytos el interes público de que se eviten ó acaben con la brevedad posible á ménos costa y trabajo de las partes. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada con las leyes que tantas veces se han repetido en estas *Instituciones*, así en los principios como en el progreso, determinacion y execucion de las causas.

5 El que pide y demanda sus derechos, debe hacerlo necesariamente ante el Juez del reo, prefiriendo en las causas civiles el de su domicilio: porque si confiesa en su contestacion la deuda y obligacion que pretende el actor, queda mas expedita la execucion y cumplimiento, pues el reo tiene mas á mano dentro de su casa los medios de satisfacerla, y logra al mismo tiempo el actor el fin de sus deseos, excusándose uno y otro de dilaciones y gastos: si niega la demanda, ó pone excepciones que la elidan, modifiquen, ó dilaten su curso, probará mas fácilmente su intencion; y si no lo hiciese en suficiente forma, será tambien mas pronta la execucion de la sentencia por el mismo Juez ordinario de la causa.

6 Estas son las principales razones que consideráron los derechos para no sacar á los demandados del fuero de su domicilio, como se expresa y dispone en la *ley 32. tit. 2. Part. 3: ley 21. tit. 5. lib. 2. de la Recop.: ley 2. Cod. de Jurisdict. omn. judic.: cap. 8. ext. de Foro comp.*

El

7 El domicilio que se causa y radica en el lugar donde existen y se administran los bienes, (ya pertenezcan al público ó á particulares) para dar en él la cuenta y razon, y que conozca de sus partidas, agravios y liquidaciones el Juez ordinario de aquel lugar, es mas poderoso que el mismo fuero del domicilio, y excluye el que pudiera tener el administrador, ó el que demanda á este como persona miserable, para avocar á la curia Real el conocimiento de estas causas, ni tampoco aprovecha á los labradores el general que gozan para no ser extraidos fuera de su domicilio.

8 La fuerza de esta disposicion consiste en que allí donde se administran los bienes se pueden justificar mas fácilmente los fraudes, con que haya procedido el administrador, y la buena fe y exâcta diligencia en el cumplimiento de su encargo, haciéndose mas expedito y seguro el conocimiento de semejantes causas, y de ménos costo á las partes la execucion de la sentencia que se diere. Así se expresa en las *leyes* 1. *y* 2. *Cod. Ubi de ratiociniis*, concluyendo con la cláusula siguiente: *In quo, et instructio sufficiens, et nota testimonia, et verissima possunt documenta præstari.* Lo mismo se dispone en la *ley* 32. *tit.* 2. *Part.* 3, en la *limitacion* 14: *ley* 11. *tit.* 14. *lib.* 9. *de la Recop.*, cuyas disposiciones siguen con uniformidad los autores, señaladamente Escob. *de Ratiocin. cap.* 7: Covarrub. *Practicar. cap.* 10. *n.* 4. *vers.* 4: Carleval *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *n.* 168. 651. *y* 1141.

9 Por la misma razon de ser mas fácil probar los delitos en el lugar donde se cometen, y mas conveniente á la Justicia y al interes de la causa pública executar allí la sentencia en que fuéron condenados sus autores, hacen las leyes mas poderoso y preferente este fuero, de que trata largamente Carlev. *de Judiciis tit.* 1. *disput.* 2. *qüest.* 7.

10 Si en el principio de las causas, así civiles como criminales, se mueven las leyes á preferir para su conocimiento al Juez, que mas fácilmente y con ménos daño

de las partes puede acabarlas, la misma razon general observan en todo su curso, no solo por el que tienen en las apelaciones, sino tambien en el término de su execucion, que es el punto que por estos medios se puede demostrar, para radicar y hacer privativa de los Jueces de primera instancia la execucion de las sentencias, que dieren los superiores por via de apelacion ó por qualquiera otro recurso.

11 Las apelaciones, aunque son tan recomendables por lo que tocan á la natural defensa de los que litigan, deben ser llevadas precisamente ante los Jueces superiores inmediatos sin invertir el órden, ni omitir los medios de su graduacion, como se dispone en la *ley* 18. *tit.* 23. *Part.* 3, y en el *cap.* 66. *ext. de Appellationib.*, cuya observancia recomendó muy estrechamente el Consejo en su carta circular de 26 de Noviembre de 1767. al núm. 11; y aunque en estas disposiciones tienen los Jueces superiores algun interes por su jurisdiccion, y por el honor que les es debido, el principal consiste en el que logra la causa pública por la brevedad de los recursos con ménos dispendio de las partes, que es lo que siempre se busca.

12 Por los mismos respectos de utilidad pública, brevedad y fácil expedicion de las causas, á ménos costa de los que litigan, dispone la *ley* 5. *tit.* 1. *lib.* 4. que los Jueces eclesiásticos no citen á los legos para la cabeza del Obispado, habiendo otros Jueces inferiores; y en el *auto acord.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. se encarga al Obispo de Tarazona ponga en los lugares, que hay de su Obispado en estos reynos, Vicario que conozca entre los vecinos y naturales de ellos.

13 En las comisiones que se diéron, para conocer de las causas fuera de la curia, por su Santidad ó por el Nuncio, se tuvo en todos tiempos gran cuidado de no alejar de sus dominios á los litigantes, para que pudiesen defender y justificar mas cómodamente sus derechos. La experiencia hizo conocer la malicia, con que al-

algunos litigantes obtenian Letras de su Santidad para Jueces distantes del Obispado, en que se habia conocido de la causa, produciendo los graves daños que tuvo muy en consideracion el Concilio Lateranense IV. celebrado en tiempo de Inocencio III; y para enmendarlos dispuso en el canon 37. que ninguno pudiera sacar á mas distancia de dos dietas de su respectiva Diócesis á los litigantes á no convenirse las mismas partes, repitiéndose esta constitucion en el *cap.* 28. *ext. de Rescriptis.*

14 Bonifacio VIII. estrechando mas este propósito de que se conociese de las causas en los mismos Obispados de los que litigan, ó á la menor distancia posible, dispuso por su constitucion del año 1302, recopilada en el *cap.* 11. *de Rescrip. in Sext.*, que siendo el actor y el reo de una misma ciudad ú Obispado, no se cometiese su causa á Jueces fuera de él, á ménos de concurrir algunos de los impedimentos que refiere la citada constitucion, y que en este caso no pudiera exceder la distancia de una jornada desde los fines del Obispado: que siendo de diversos el actor y el reo, no acomodándose el primero á tomar Juez dentro del Obispado del reo, no pueda tampoco hacerlo dentro del suyo, cometiéndose entónces la causa al que residiere fuera de los dos Obispados, con tal que la distancia del lugar del juicio no exceda de una dieta.

15 En el Breve expedido por el Papa Clemente XIV. en 26 de Marzo de 1771 para erigir el tribunal de la Nunciatura Española, encarga muy estrechamente al Nuncio que observe, en quanto sea posible, lo dispuesto por los sagrados cánones y Concilios, que prohiben se extraigan sin graves causas de sus respectivas provincias los pleytos y litigantes; y con este importante fin dispone en el artículo 7. del citado Breve que las causas de los exêntos, de que ántes conocia en primera instancia en su tribunal, las deba cometer en lo sucesivo á los Ordinarios locales ó á los Jueces sinodales de las mismas provincias, reservando la apelacion á la Nunciatura; y

por

por lo respectivo á las demas causas que vienen á este tribunal en grado de apelacion, las deba cometer á los Jueces sinodales de la Diócesis ó á la nueva Rota, consideradas todas las circunstancias de las enunciadas causas, de las personas y de las distancias de los lugares.

16 Si en todo el progreso de los juicios se mira como principal objeto la brevedad, comodidad y menor dispendio de los litigantes, poniéndoles cerca los tribunales para que defiendan y justifiquen sus pretensiones: ¿qué razon podrá hallarse para que la execucion de los mismos litigios, que es la parte principal que llena los deseos de los que litigan, se trate fuera del tribunal de los reos que deben cumplir las sentencias; y que se les obligue á salir fuera de su casa á largas distancias para proponer y justificar las excepciones que puedan elidir, modificar, ó impedir el curso de este juicio executivo, pudiendo hacerse mas cumplidamente ante el mismo Juez ordinario que conoció en primera instancia de la causa?

17 Si las razones indicadas en esta primera parte convencen la necesidad y utilidad de que la execucion de las sentencias se haga por los Jueces ordinarios, las autoridades y las leyes confirmarán el propio pensamiento, que es el segundo punto de este discurso: la 5. *tit.* 17. *lib.* 4. dispone y manda: "Que quando de los »Jueces inferiores viniere ante los del nuestro Consejo, »ó ante los nuestros Oidores el proceso en grado de »apelacion, de que uviere avido primero dos sentencias »conformes de grado en grado, que seyendo confirmadas »en el nuestro Consejo, ó por el Presidente, y Oidores »de la nuestra Audiencia las dichas dos sentencias, por »manera que aya tres sentencias conformes; que de la »tal sentencia no pueda ser suplicado, ni aya grado »de revista; mas que luego se dé dellas nuestra carta »executoria."

18 La cosa juzgada, de que se trata en esta ley, se causó por las sentencias del Consejo ó de los Oidores, y

y sin embargo limita su autoridad á que den carta executoria sin reservarse la execucion de las sentencias, manifestando en esto haberla dexado al conocimiento y facultad del Juez ordinario.

19 Esto, que al parecer queda en el concepto de argumento, se demuestra con la disposicion positiva que contiene la *ley 6. del prop. tit. y lib.*, cuyo epígrafe dice: "Que la sentencia que fuére confirmada por el Superior, »ó pasada en cosa juzgada, la execute el Juez que la dió:" y en el cuerpo de la ley se dispone: "Que despues que »el juicio, que se diere por el Alcalde, fuere confirma»do, ó pasado en cosa juzgada, que el Alcalde, que die»re el juicio, lo haga cumplir, y executar hasta terce»ro dia, si fuere sobre raiz, ó mueble, que no sea de di»neros; y si el juicio fuere dado sobre dineros, hágalo »el Alcalde executar hasta diez dias." Dos veces encarga esta ley la execucion de la sentencia confirmada por el superior al Alcalde que la dió, que es el Juez ordinario de primera instancia; compara asimismo la sentencia que es pasada en cosa juzgada, por no haberse apelado de ella, con la que es confirmada por el superior; y no pudiéndose dudar que la execucion de aquella toca privativamente al Juez ordinario que la dió, como se ha fundado en los preliminares de este discurso, tampoco puede haber duda en la execucion de la segunda.

20 La *ley* 33. *tit.* 4. *lib.* 3. manda: "Que quando algun »pleyto de execucion viniere en grado de apelacion, y »confirmare el Alcalde mayor la sentencia, remita la exe»cucion al inferior, y no la haga él: la 7. *tit.* 18. *lib.* 4. trata de las apelaciones que por su corta cantidad deben ir á los Regimientos, y dexando establecido el término para substanciar esta segunda instancia, y dar la sentencia por dos Regidores del concejo con el Juez que dió la de primera instancia, continúa con la siguiente disposicion: "Y lo que estos así determinaren, sea firme, y »executado por la Justicia Ordinaria;" repitiendo segunda vez que el Corregidor ó Justicia del pueblo execute la

la pena de diez mil maravedís y las costas en el caso, que se deban imponer.

21 La *ley* 13. *tit.* 20. *lib.* 4. dispone que siendo confirmada en grado de revista ó segunda suplicacion la sentencia que dieren los Oidores interesados en la tercera parte de las mil y quinientas doblas, se les dé por el Presidente y Oidores carta executoria en forma, para que "ellos ayan, y cobren las dichas quinientas doblas, »que á ellos pertenescen."

22 Si el Presidente y Oidores han de dar la carta executoria de la sentencia que fué dada en grado de la segunda suplicacion, es evidente que á los mismos Oidores, que fuéron los Jueces de primera instancia, pertenèce la execucion de la sentencia que diéron, y fué confirmada en la revista de la segunda suplicacion, y que á este fin se les devuelven los autos originales, sin los quales no podria darse la carta executoria á los Oidores ni á las partes principales.

23 La execucion y observancia de esta ley se habia interrumpido en el Consejo, reteniendo los escribanos de Cámara los autos originales que venian á él en grado de segunda suplicacion, y expidiendo la executoria no solo á las partes principales, á cuyo favor se daba la sentencia, sino tambien la correspondiente á los Oidores interesados en la tercera parte de las mil y quinientas doblas.

24 De la inobservancia y contravencion á la citada *ley* 13. *tit.* 20. *lib.* 4. se trató seriamente en el Consejo pleno, y oidos los señores Fiscales, y exâminado el expediente con la mas detenida reflexîon con asistencia de veinte y dos Ministros, se declaró por auto de 24. de Marzo de 1773. que todos los procesos que viniesen de las Chancillerías y Audiencias al Consejo en el grado de segunda suplicacion, debian volverse á ellas á costa de la parte que introduxo el grado, en caso que por el Consejo se confirme la sentencia de revista dada en ellos, y tambien aunque se modere en parte, siempre que se verifique la condenacion de las mil y quinientas doblas, debiendo acompañar

ñar á dichos procesos certificacion de la sentencia del Consejo, para que con vista de todo se libren las correspondientes executorias por las Chancillerías y Audiencias, á las quales se mandó despachar cédula de esta determinacion; y que sin retardacion de su práctica y cumplimiento volviese el expediente á los señores Fiscales, para que expusiesen lo que tuviesen por conveniente, en quanto á si revocadas por el Consejo las sentencias de revista, y dada por el mismo la executoria, se habian de volver ó no los procesos á las Chancillerías y Audiencias de donde viniéron.

25 Libradas con efecto las Reales cédulas que previene el citado auto, se ha observado y cumplido desde entónces puntualmente en la parte dispositiva que contiene sin embargo de la contradiccion, que posteriormente hiciéron los escribanos de Cámara del Consejo, pretendiendo se reformase por contrario imperio, ó como mas hubiese lugar, el citado auto, y se les reintegrase en la posesion quieta y pacífica, en que se hallaban de tiempo inmemorial, de despachar por sus oficios en uno y otro caso las executorias de los grados, reteniendo los autos originales.

26 Este nuevo incidente no ha tenido curso desde el mes de Enero de 1775, y continúan las Chancillerías y Audiencias en la práctica de lo que dispone el citado auto de 24. de Marzo de 1773, convenciéndose con tan respetable autoridad que el Juez superior que confirma las sentencias, no las executa, ni aun expide las executorias; pues uno y otro se reserva al inferior que dió la sentencia, que mereció ser confirmada.

27 La *ley* 27. *tit.* 23. *Part.* 3, tratando del Juez superior, á quien se recurre por apelacion ó por otro qualquier medio, dispone lo siguiente: "E si fallare que »el juicio fué dado derechamente, dévelo confirmar, é »condenar á la parte que se alzó, en las costas que su »contendor fizo, segun es costumbre de nuestra Corte, »é embiar las partes antel primero Juez que las judgó,

»que cumpla su juicio, ó ande adelante por el pleyto »principal, quando el alzada fuere tomada sobre algun »agraviamiento."

28 El Consejo en Sala de Provincia conoce por apelacion de los autos, que determinan difinitivamente los Alcaldes de Corte en los juzgados de Provincia, y los Tenientes del Corregidor de Madrid; y su sentencia, ya confirme, ó revoque la de primera instancia, se tiene por de revista, y hace cosa juzgada; pero se devuelven siempre para su execucion los mismos autos al Juez inferior: *ley* 20. *tit.* 4. *lib.* 2: *ley* 16. §. 17. *tit.* 6. *lib.* 2: la 18. *del mism. tit. y lib.*: la 27. *tit.* 8. *del prop. lib.*; y el *aut.* 3. *tit.* 18. *lib.* 4.

29 Como en este discurso solamente se trata de la execucion de la cosa juzgada, la qual se causa por la confirmacion de las sentencias anteriores, no entra en la qüestion el caso de que sean revocadas; y por esta razon, y hallarse pendiente su resolucion en los grados de segunda suplicacion del expediente que se ha insinuado, omito de intento exâminar este punto para evitar al mismo tiempo la discusion prolixa que necesitaria, y podrá hacerse mas oportunamente en otro lugar.

30 Aunque parecia que en materia tan clara y decisiva no entrarian los autores á confundirnos con opiniones arbitrarias, ha sucedido lo contrario. Scacia *en su tratado de Appellationib. q.* 11. *art.* 7. *desde el n.* 162, y Salgad. *de Reg. protect. part.* 2. *cap.* 29. *n.* 1. *y siguientes*, establecen la opinion de corresponder al Juez de apelacion, que confirma con su sentencia las anteriores, la execucion de la cosa juzgada y la expedicion de la carta executoria. Estos dos autores con otros que refieren no hacen uso para fundar su opinion de las leyes del reyno que se han referido; y este es un defecto capital en los que escriben para la direccion y decision de las causas en nuestros tribunales; pues invirtiendo con desprecio el órden de las leyes, que necesariamente se deben seguir en la ordenacion y determinacion de ellas,

(co-

(como se dispone en la *ley* 3. *tit.* 1. *lib* 2, y en el *aut.* 1. *del prop. tit. y lib.*) defraudan á los profesores y Jueces de estos útiles conocimientos, envolviéndolos en confusas y sutiles disputas deducidas de las leyes de los Romanos, y de las glosas que hiciéron sobre ellas los autores, que ó no tuviéron noticia de nuestras leyes patrias, ó las han tratado pasageramente sin detenerse en el exámen de su fondo, ni en su verdadera inteligencia, autorizada muchas veces por los tribunales.

31 Fúndanse los referidos autores en que la accion de cosa juzgada nace de la última sentencia, y no de las anteriores que se confirman; y añaden en prueba de esta proposicion que el efecto de las primeras sentencias quedó extinguido con su respectiva apelacion. La primera proposicion la toman de la *glosa* á la *ley* 6. §. 1. *ff. de His qui notant. infam.*, y la segunda intentan fundarla en la *ley final ff. ad Senatusconsult. Tertylian.*; y como estas dos autoridades sean tan débiles, no pueden ser muy sólidas las opiniones que se fundan en ellas.

32 La cosa juzgada no se forma de la última sentencia que confirma las anteriores, como de causa única y principal, sino que uniendo su efecto con el que produxéron las anteriores sentencias uniformes en el dictámen de los Jueces, vienen á ser estas unas causas parciales, que completan con igualdad la cosa juzgada, como se expuso y fundó en el capítulo quarto de esta segunda parte; y se convenció asimismo el error de atribuir la accion de cosa juzgada á la sola última sentencia confirmatoria de las anteriores, cuyo efecto no fué extinguido por la apelacion, como suponen los referidos autores, sino suspendido en la parte de su execucion, y permanente en lo dispositivo; de manera que influye una presuncion y probabilidad bastante apreciable del buen derecho y justicia de la parte que obtuvo las sentencias primeras; y cada una de ellas fortifica esta prueba hasta que con la tercera se eleva á ser notoria. Con sola

esta reflexîon se destruye la segunda proposicion de estos autores.

33 Puede añadirse en mayor demostracion de este pensamiento que la sentencia dada en primera instancia por el Juez ordinario merecia executarse por sí sola, si constara por notoriedad su justicia; pues entónces se desecharia como frívola qualquiera apelacion, y quedarian íntegros y permanentes todos los efectos de la sentencia. Si no sucede así, es porque el derecho no ha confiado tanto del juicio de un solo hombre, ni aun de muchos que concurren á dar la sentencia; y por la duda de que sea justa y arreglada, se permite su apelacion ó súplica, viniendo á demostrarse que la primera sentencia se sujeta al juicio de los superiores para que remuevan la duda de si es ó no justa; y su confirmacion contiene una declaracion, en cuya virtud se aparta aquella duda que concibió la parte que apeló. Por este medio va quedando la primera sentencia libre del agravio que se motivó para dar lugar á la apelacion, y suspender el cumplimiento y execucion de lo mandado en ella, retrotrayéndose las declaraciones ó sentencias posteriores al punto en que fué dada la primera, y restringiéndose la materia de la apelacion; que fué el agravio que motivó el que la interpuso; verificándose en esto el siguiente axîoma: *tantum devolutum, quantum appellatum.*

34 Esta es una observacion sencilla, que pone en suma claridad el efecto de la primera sentencia, y el movimiento y curso que debe tener en su execucion, luego que es removido el impedimento que la detuvo; concluyéndose con estas pruebas que la sentencia, que se executa, es la primera, y que debe hacerlo el Juez que la dió en uso de sus facultades.

35 Con esta misma consideracion se satisface al segundo fundamento, que alegan Scacia y Salgado en los lugares citados para sostener su opinion, reducido á que no se divida la continencia de la causa, queriendo persuadir que por haber preocupado el Juez superior la ju-

jurisdiccion para conocer de ella en la segunda ó tercera instancia, no puede dividirse el conocimiento de su execucion.

36 Queda demostrado que el Juez ordinario preocupó su determinacion para conocer y determinar la misma causa, y si no se le permitiese la execucion de su sentencia, se dividiria la continencia en el dictámen de los referidos autores, concurriendo á favor del Juez ordinario dos proposiciones elementales: una: *Qui prior est tempore, potior est jure*; y otra: *Ubi cœptum et semel judicium, ibi et finiri debet.*

37 Omitiendo otras dudas de pura sutileza, que excitan los autores referidos, vienen á decir que quando las partes piden la execucion *officio judicis*, deben hacerlo ante el Juez superior que confirmó las sentencias anteriores, de quien es privativo este conocimiento por sí ó en virtud de sus requisitorias; pero que intentándose la execucion por la accion *judicati*, ó *in factum*, compete al Juez inferior ordinario del reo el haber de cumplir la sentencia.

38 Aunque esta distincion de voces no se acomoda bien á la sencillez con que debe buscarse la verdad, y hacerse lo mas útil y ventajoso á las partes que litigan y á la causa pública, conviene explicar lo que quieren decir dichos autores; y está reducido á que si la parte, que obtiene la sentencia, pide su carta executoria al Juez superior que la dió, puede acudir con ella al ordinario del reo que la debe cumplir; pues como la sentencia, que contiene la executoria, va calificada con un instrumento público, produce execucion en los términos que explica la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop*; y este es el caso, en el que en concepto de los autores citados se pide la execucion en uso de la accion *judicati*, ó *in factum.*

39 Quando solicitan las partes que el Juez que dió la última sentencia confirmatoria, la mande llevar á execucion, entónces dicen los referidos autores que se exci-

cita el oficio del Juez, y que puede y debe despacharla entendiendo por sí solo en la execucion, ó remitiendo sus requisitorias á otros Jueces.

40 Las leyes del reyno que se han referido en la primera parte de este discurso, y las razones que se han expuesto en demostracion de la utilidad y ventajas que se logran executándose las sentencias por los Jueces ordinarios que diéron la que se confirma, convencen que quando pudieran tener lugar los dos medios que insinúan dichos autores, se debe reducir el uso de ellos al mas expedito y favorable al reo sin perjuicio del que solicita la execucion, porque así lo dicta la justicia y la equidad, y lo recomiendan todas las leyes como primer objeto de su establecimiento.

41 Del tiempo y plazo en que ha de empezar la execucion, que nace de la cosa juzgada: del curso que debe llevar: de las excepciones que puede recibir, así de las propuestas por los litigantes como por otros, se tratará en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO XIII.

En qué tiempo podrá el Juez proceder á executar la sentencia, que es pasada en cosa juzgada.

1 Las leyes no oprimen con violencia á los que deben cumplir los mandamientos de los Jueces; siempre usan de equidad y templanza concediéndoles plazos proporcionados para que puedan executarlos por los medios ménos gravosos: porque se interesa mucho la causa pública en que se favorezca á los reos en todo lo que es compatible con el interes de los que obtienen sentencias favorables; y á veces permiten que sufran estos algun ligero perjuicio para relevar á los deudores de otro mas grave, que les resultaria de la acelerada execucion de sus obligaciones.

Es-

2 Este es el sistema general que disponen las leyes, y observan los tribunales. La *ley 6. tit. 17. lib. 4. de la Recop.* ordena y manda que el juicio que es dado sobre paga de dineros, siendo pasado en cosa juzgada, lo haga executar el Alcalde hasta diez dias, y si fuere sobre raiz ó mueble lo execute hasta tercero dia.

3 La *ley 7. tit. 3. Part. 3.* señala los mismos diez dias al demandado que confesó la deuda, para que pueda cumplir con el pago de ella. Lo mismo se establece en la *ley 5. tit. 27. Part. 3*; y con respecto al juicio, que es dado sobre entrega ó restitucion de alguna cosa cierta, dispone "que se cumpla luego."

4 Aunque esta expresion de "que se cumpla luego," parece que excluye todo término y plazo, y que el Juez puede compeler al reo por apremio y otros remedios de derecho á que entregue y restituya los bienes contenidos en la sentencia desde que es pasada en cosa juzgada; con todo no puede ni debe acelerar sus apremios, sin que pase el término suficiente para que por sí pueda cómodamente cumplir el reo la sentencia, permitiéndole á lo ménos el de tercero dia si estuviesen los bienes en su poder, ó el de diez si fuere sobre dineros. Esta inteligencia es conforme á lo que dispone en el propio caso la citada *ley 6. tit. 17. lib. 4*, y la misma se debe dar á la *ley 3. del prop. tit. y lib.*; por la qual se manda que quando algun pleyto fuere determinado en la Audiencia, "sea luego la tal sentencia executada."

5 Los juicios sumarios y executivos no reciben excepciones dilatorias ni perentorias que pidan prolixo exámen; pero las que propongan las partes, siendo legítimas, y ofreciendo probarlas *incontinenti*, deben ser admitidas; y aunque la palabra *incontinenti* manifiesta igual ó mayor celeridad que la "de luego," se concede no obstante un término breve al que se ofrece á probar *incontinenti* sus excepciones, para que lo haga como que viene este plazo por su naturaleza, pues sin él no se podria verificar la prueba ofrecida, como tampoco el pago de

de la cantidad en que fuese condenado por la sentencia pasada en cosa juzgada, ni la entrega de los bienes sino se le diese el término suficiente á la execucion de lo que se le manda.

6 De la primera parte relativa á la excepcion que se ofrece probar *incontinenti*, y del término brevísimo que para ello se concede á la parte, trató el señor Salgado *de Reg. part.* 4. *cap.* 7. *núm.* 56. *al* 60, comprobando su opinion con la de Scacia *de Appellationib. q.* 11. *n.* 68. *y siguientes.*

7 Con la misma equidad que nuestras leyes procedieron los Romanos en el señalamiento de plazos para cumplir los juicios, siendo en este punto mas indulgentes, como se observa en la *ley* 21. *ff. de Judiciis*: en la 31. *de Re judicat.*: en la 1. *Judicat. solvi*; y en las 2. *y* 3. *Cod. de Usuris rei judicatæ.* Lo mismo se dispone en el *cap.* 26. *ext. de Offic. et potest. judic. delegat.*, y en el *cap.* 15. *de Sententia, et re judicata.*

8 Los plazos de diez dias para pagar la deuda de dineros, y los tres para entregar los bienes á que es condenado el reo, proceden por la regla comun de considerarse siempre necesarios para que pueda cómodamente cumplir los juicios; pero no impiden al Juzgador que le pueda prorogar los enunciados términos, concediéndole los que estime suficientes, consideradas todas las circunstancias de causas y personas. Porque si fuese crecida la cantidad de dineros que debe pagar el deudor, y pareciese al Juez que no podrá proporcionarla en el término de los diez dias sin experimentar grave daño, es justo y conveniente que le prorogue aquel término, haciendo lo mismo quando no tiene á mano los bienes que ha de entregar, y necesita mas tiempo que el de tres dias para executar la entrega al dueño de ellos. Esto es lo que dispone la *ley* 7. *tit.* 3. *Part.* 3: la 5. *tit.* 27. *de la misma Part.*: la 31. *ff. de Re judicat.*; y el *cap.* 15. *ext. eodem tit.*

9 En las referidas leyes se observan dos diferencias: una

una con respecto á la naturaleza y calidad de los juicios; pues en el que se da sobre paga de dineros, es mayor el plazo de los diez dias que el de tres, que se concede al que ha de entregar los bienes muebles ó raices, por no ser tan fácil cumplir lo primero, como executar lo segundo.

10 La segunda diferencia consiste en que dichos plazos no exîgen caucion ni seguridad de fianzas, porque el daño de estas cortas dilaciones es momentáneo, y sin riesgo de que se acreciente; pero no sucede así quando se prorogan y conceden otros mayores; pues entónces se ha de asegurar el interes del acreedor, ó del dueño de los bienes con buenos fiadores, segun dispone la citada *ley* 5. *tit.* 27. *Part.* 3; lo qual es muy conforme al *auto* 79. *tit.* 4. *lib.* 2. en donde se previene que en el caso de acordar el Consejo la moratoria de que trata, sea con la calidad de dar fianzas á satisfaccion de los acreedores para la paga de sus créditos, pasado el tiempo de la concesion. Lo mismo se halla dispuesto en la *ley* 6. *tit.* 10, y en la 33. *tit.* 18. *Part.* 3.

11 Aunque las citadas leyes señalan el medio de dar buenos fiadores, en el caso que se concedan mayores plazos para cumplir lo juzgado, el fin es asegurar el interes de los acreedores ó dueños que han de percibir los bienes. Muchas veces hallan los Jueces otras precauciones de igual efecto, ménos gravosas á los deudores y á los que han de restituir los intereses, atendida la calidad de las personas, la entidad de la deuda y de las cosas que deben restituirse; pues formando el Juez probable dictamen de que cumplirá el reo sus obligaciones al plazo que se le concede y proroga, ya porque tenga quantiosos bienes y rentas, y solo halle la dificultad de habilitar dineros, ó entregar los bienes que manifiesta tener en distantes lugares, ó ya porque subsistiendo alguna parte de ellos embargada, queda por este medio asegurado el cumplimiento del juicio, no le grava entónces con la fianza, como he observado muchas veces en los plazos

y moratorias, que concede el Consejo sin dar traslado á los acreedores, ni exigir fianzas del deudor; de cuyo medio se usa solamente en los casos que no manifiestan desde luego la justa causa con que se solicita la espera, concurriendo ademas el ser la cantidad grande, y los plazos que se piden de mucho tiempo; pues entónces se comunica traslado á los acreedores, y se remite el expediente á la Sala de Justicia, en donde se trata y exâmina con audiencia instructiva la calidad de la instancia; y quando se estime que es de conceder la moratoria, preceden las fianzas.

12 Esta práctica manifiesta, aun en el caso particular que sirve de objeto á este discurso, que para prorogar los plazos de diez y de tres dias, señalados en las leyes citadas, se ha de instruir el Juez de las causas que se proponen, oyendo sobre ellas brevemente á los interesados, y tomando en su vista la oportuna providencia de prorogar los plazos, ó declarar no haber lugar á ello.

13 Los plazos que señalan las referidas leyes, ó los que por el espíritu de estas conceden y prorogan los Jueces, son de igual efecto á los que se establecen en los contratos por convencion y consentimiento de las partes; y en todos estos casos procede la regla de que desde el punto que se celebran, y desde el mismo momento en que se les notifica la sentencia, que pasó en autoridad de cosa juzgada, es cierta la obligacion y la deuda, y solo se espera el último dia del plazo para pedirla. Estos dos extremos se explican en las leyes, aplicando al primero el efecto de haber cedido el dia de la obligacion, y al segundo el de haber venido, como se contiene en la *ley* 213. *ff. de Verbor. significat.*, y siguen con uniformidad los autores, asegurando que durante el plazo está impedido el exercicio de las acciones, sean personales ó reales; y que si se usase de ellas en este tiempo, deben ser repelidas por excepcion de la parte, sufriendo además la pena, que imponen las leyes á los que piden mas de lo que se les debe. Esta es una proposicion declarada en la *ley* 42. *tit.* 2, y en la 9. *tit.* 3. *Part.* 3, y lo estaba igualmente por todo el derecho de los

los Romanos, de que trató Vinnio en diferentes lugares, señaladamente sobre el §. 2. *Institut. de Verbor. obligat.*, en el 33. *de Actionib.* y en el 10. *de Exceptionib.*

14 Con respecto y en conformidad á todos estos principios proceden las leyes á señalar el órden de las execuciones, y previenen tres precisas circunstancias: la primera que se presenten al Juez que sea competente cartas y contratos públicos, y recaudos ciertos de obligaciones, compromisos ó sentencias: la segunda que la parte pida en virtud de ellas execucion; y la tercera que las Justicias las cumplan y lleven á debida execucion, siendo pasados los plazos de las pagas, segun todo se expresa en las *leyes* 1. 2. *y* 4. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*

15 Está demostrado el tiempo en que la parte puede pedir que se execute y cumpla la sentencia por tener expedita su accion; resta ahora tratar del tiempo en que no podrá hacerlo por haberla perdido en lo principal ó en lo accesorio del efecto executivo. Estos dos puntos recibirán mejores luces en su resolucion, exâminando primero si el que obtuvo sentencia favorable en el pago de alguna cantidad, ó en la restitucion de algunos bienes, puede despues de la cosa juzgada usar de la primera accion con que formó su demanda, ó de la que le resultó del juicio, ó de las dos simultáneamente y á su arbitrio.

16 La *ley* 19. *tit.* 22. *Part.* 3. dice que del juicio que se diese nace demanda á aquel por quien lo diéron, y que puede pedir la cosa hasta treinta años á aquellos, contra quienes fuese dado el juicio, á sus herederos y á qualquiera otro en donde la hallasen, si el qué la tenia no pudiese probar mejor derecho. Igual disposicion contiene la *ley* 6. §. 3. *ff. de Re judicat.* ibi: *Judicati actio perpetua est, et rei persecutionem continet. Item hæredi, et in hæredem competit.* Esto mismo dice la *ley* 8. *Cod. de Reb. credit.*

17 Esta accion ó demanda, que nace de la cosa juzgada, es una misma en su especie con la que se propuso en el juicio; pero son diversas en el número, y se con-

servan mútuamente en su clase y en sus efectos, sin que la última extinga la primera: porque en el juicio hay un quasi contrato, por el qual se obligan los litigantes á cumplir la sentencia de los Jueces, de cuya causa nace la nueva accion y demanda; y como no se extiende su intencion á mudar la primera accion, sino á mejorarla con la segunda consistente en la cosa juzgada, no puede tener entrada la innovacion, como se manifiesta por los principios de esta materia, indicados principalmente en la *ley* 29. *ff. de Novationib.*, cuya doctrina siguen con uniformidad los autores, señaladamente Salg. *Labyrint. credit. part.* 3. *cap.* 16. *n.* 27. *y* 28: Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 1. *desde el núm.* 1, fundados en la *ley* 3. §. 11. *ff. de Peculio*, en donde se establecen dos proposiciones que deciden los dos puntos de este resumen: en la una se dispone que aunque el hijo de familias se hubiese obligado, ó fuese responsable por una causa ó título que no alcanzase, ó no fuese suficiente para obligar derechamente al padre en quanto al peculio profecticio, si fuese condenado el hijo en juicio, entra desde entónces la obligacion y responsabilidad del padre en la quota del peculio por la nueva obligacion que induce la cosa juzgada, *ibi*: *Proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem.* Fúndase esta obligacion que produce el juicio, *ibi*: *Nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita judicio contrahi*; y esta es la segunda proposicion de la ley.

18 De los delitos ó quasi delitos, que cometen los hijos, no son responsables sus padres aun en el peculio profecticio; pero si fuesen condenados en juicio al interes ó daño que hubiesen causado, nace entónces la accion de cosa juzgada contra los mismos padres; siendo este un exemplar que manifiesta la division de las dos acciones en su causa, como las explicó Vinnio sobre el §. 10. *Institut. tit. de Actionib. vers. Ex contract. num.* 6.

19 La union de estas dos y de qualesquiera otras acciones para demandar y pedir una misma cosa, y la concurrencia de diversos títulos para adquirir su dominio y de-

defenderlo, no tienen incompatibilidad, pues que dexa al arbitrio del que las goza el poder usar de la que le pareciere mas útil, como lo explica muy al intento Olea *tit. 6. q. 7. n. 8. 9. y 20*, y lo prueba el §. 15. *Institut. de Legatis*, y lo que en su comentario expone Vinnio; influyendo al mismo intento todo el *título de Dote præleg. en el Dig.*, y sosteniéndose la union de la accion de dote y la del legado, por las mayores ventajas que lograba con ésta la muger segun el derecho antiguo de los Romanos; y aun todavía subsisten algunas despues del derecho de Justiniano, suficientes á dar valor al legado de la dote.

20 Las acciones desde que nacen caminan á su muerte: sus plazos son ciertos y de corta duracion: porque la personal muere á los veinte años; y la real hipotecaria ó mixta á los treinta, si dentro de ellos no se hubiese usado. Así lo dispone la *ley 6. tit. 15. lib. 4. Recop.*

21 Estas mismas acciones personal, real y mixta, producidas en juicio, y calificadas en la sentencia con la autoridad de cosa juzgada, son el objeto de la segunda parte que se propone en este capítulo; y por esta razon conviene exâminar con mas detenida reflexiòn, si perecerán á los veinte años ó á los treinta, no pidiendo en este tiempo la parte interesada su execucion, contando desde que pasó el plazo de los tres ó de los diez dias, y el que hubiese prorogado el Juez, segun y en los términos que se ha explicado en conformidad á las leyes que tambien se han referido.

22 La accion ó demanda, que nace de la cosa juzgada, quando es confirmada la accion personal, perece á los mismos veinte años; y en esta parte está decidida la qüestion por la citada *ley 6. tit. 15. lib. 4*; pues dispone que la accion personal, y la executoria dada sobre ella, se prescriba por veinte años y no ménos.

23 De la accion real hay tambien igual decision en la *ley 19. tit. 22. Part. 3*, pues dice: "Que del juicio »que diese, nasce demanda á aquel por quien lo diéron: »de manera que puede demandar aquella cosa fasta treinta »años,

»años, á aquellos contra quienes fuere dado el juicio, é á »sus herederos, é á quien quier otri que la fallase, si non »pudiese mostrar aquel que la demanda mejor derecho."

24 La enunciada *ley 6. tit. 15. lib. 4.* ofrece en su contexto pruebas repetidas de esta verdad; pues supone en su principio la regla acerca del tiempo en que se prescribe la accion personal, y continúa con la siguiente limitacion: "Pero donde en la obligacion hay hipoteca:::: »la deuda se prescriba por treinta años, y no ménos." Esta obligacion, que enuncia la ley, es sobre deuda, y solo produce una accion personal, y agregándosele el pacto ó convencion de hipoteca, que sirve de mayor seguridad al cumplimiento de dicha obligacion, nace una accion real dirigida á la cosa hipotecada, la qual es individua en su orígen y causa con la accion personal, que es la principal de aquel contrato; y aunque la hipotecaria se conciba como accesoria, teniendo por su naturaleza la duracion de treinta años, no podria sostenerse si caducase á los veinte la accion personal; y he aquí la razon sólida en que se funda esta primera limitacion á la regla antecedente.

25 Con mayor claridad se percibirá este pensamiento si se consideran las dos acciones personal é hipotecaria como una sola mixta, por convencion de los contrayentes; y conteniendo dos partes, una correspondiente á la accion real, que impide y prohibe por su naturaleza la prescripcion de veinte años, exîgiendo necesariamente el de treinta, es mas poderoso su influxo que el de la ley, que permite y estima suficiente el de veinte para extinguir la accion personal, como demuestra el señor Salgado *part. 2. de Regia cap. 7. desde el n. 1*, tratando de las sentencias que contienen dos qualidades individuas respecto de una misma cosa, una que permite la apelacion, y otra que la prohibe; pues decide en todo á favor de ésta.

26 La segunda limitacion, que contiene la citada *ley 6*, es reducida á la obligacion mixta de personal y real, como son las acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividun-*

dundo, y *finium regundorum*; y siendo todas ellas personales por su origen y esencia, y que solo participan con alguna impropiedad de la calidad de acciones reales, como se nota en los §§. 1. y 20. *Institut. de Actionib.*, y se explica latamente en sus respectivos comentarios, no puede dudarse de la mayor dignidad y fuerza de la accion real, quando concurre con la personal, y no pueden separarse en su exercicio.

27 Antonio Gomez exponiendo la *ley* 63. *de Toro*, que es la misma *ley* 6. *tit.* 15. *lib.* 4. *de la Recop.*, establece en la tercera conclusion que la accion personal con hipoteca de bienes se prescribe por treinta años, y da la razon: *Quia actio personalis corroboratur, et confirmatur ab ipsa hypotheca, ideo durat per majus tempus*; y aunque esta exposicion es bastante confusa, se percibe que la fundaria en las doctrinas y razones que con mayor claridad van indicadas, observándose igual obscuridad acerca de la accion mixta, de que trata este autor en la conclusion quarta.

28 Queda bien demostrado para el intento de este capítulo el tiempo en que pueden usar las partes de sus acciones, y pedir la execucion de la cosa juzgada pasados los plazos de las convenciones, y los señalados por las leyes y los Jueces, y ántes que hayan perecido las mismas acciones por efecto de la prescripcion, y por qualquiera otro título que sea capaz de extinguirlas.

29 Para concluir este capítulo en todas sus partes se presenta una duda, que estriba en averiguar si las acciones, que resultan de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, ya se hayan dado sobre acciones personales o reales, producidas en los respectivos juicios, se extinguen y perecen en sus efectos executivos con solo el tiempo de diez años, ó si conservan esta calidad por el de veinte y treinta, señalados á la duracion de las mismas acciones personales y reales.

30 No admite duda, pues está demostrado por las leyes del reyno que se han referido, que de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada nace accion execu-

ti-

tiva, del mismo modo que nace de un instrumento público güarentigio, como tambien del instrumento privado reconocido por la parte, y asimismo de la confesion judicial, y demas causas que se refieren en las mismas leyes.

31 Igualmente debe suponerse que el derecho de executar por obligacion personal se prescribe por diez años, siendo así que la misma accion dura veinte, segun dispone en estas dos partes la *ley 6. tit. 15. lib. 4.*

32 Para que prescriba el derecho de executar la accion personal en los diez años indicados, ha de estar auxiliada del instrumento público güarentigio, y entónces nace la execucion en el punto de su otorgamiento, ó con el reconocimiento de instrumento privado, desde cuyo acto nace lo executivo, y no en el tiempo en que se hizo dicho instrumento. Lo mismo sucede en la confesion judicial simple y clara de la deuda que no constaba de instrumento.

33 La duda, que ahora se propone, no recae sobre el derecho de executar los enunciados instrumentos y confesiones, ántes bien se debe suponer que los juicios en que se han dado sentencias sobre las acciones personales, reales ó mixtas, han sido ordinarios, y adquiriéron por la cosa juzgada lo executivo, y desde ella empieza á correr el tiempo de su duracion y prescripcion.

34 En estos términos disputan los autores sobre si el derecho de executar las sentencias pasadas en cosa juzgada prescribe con el silencio de diez años continuos, en que no se pida la execucion de ellas, ó si se mantiene la accion con la misma calidad de executiva por el tiempo de los veinte años ó de los treinta, suficientes á extinguir enteramente las referidas acciones. Los autores estan varios en sus opiniones: unos admiten la primera, y otros prueban y defienden la segunda, como puede verse en los que refiere Carleval *de Judiciis tit. 3. disput. 4. n. 6. y siguientes.* No se exâminan prolixamente los fundamentos de estos diferentes dictámenes, porque el objeto de este ca-

capítulo se reduce á probar el tiempo medio en que pueden executarse las sentencias, quando la accion está expedita, bien que me parecen mas sólidos los de la segunda opinion, y que se debe seguir en la práctica de los tribunales; pues usando de las executorias en los tiempos que duran las respectivas acciones que contienen, corresponde que se hagan cumplir por la via executiva, sin que puedan admitirse otras excepciones que las señaladas por las leyes que tratan de las entregas y executiones. De estas executiones, del órden y método de estos juicios, y de sus recursos y apelaciones, trataré por conclusion de esta materia en la parte siguiente.

PARTE TERCERA.

CAPITULO I.

De los excesos de los Jueces executores.

1 Habiéndose concluido la segunda parte de esta obra, en la qual se ha tratado con extension y claridad de las sentencias, y dadola fin con la declaracion de los Jueces que deben executarlas; solo resta tratar del remedio que pueden tomar las partes, quando en las sentencias hubiere intervenido algun agravio, ya sea en la substancia de ellas, ó ya de parte de los Jueces executores. Si estos Jueces ajustan sus procedimientos al cumplimiento exâcto de la cosa juzgada, no tiene lugar la apelacion ni otro recurso alguno: porque estónces son Ministros de la ley, la qual autoriza en esta clase la cosa juzgada, y la manda cumplir como objeto principal de los juicios, que los acaba, y pone en tranquilidad la república. Esta es una proposicion de notoria verdad, calificada por las *leyes del tit.* 27. *Part.* 3, y por otras muchas que refiere en diferentes partes el señor Salgado, señaladamente en la 4. *cap.* 3. *de Reg.*

2 Si el Juez excede de la cosa juzgada, ofende el derecho natural en las personas que no han sido citadas, ni oidas en juicio, y en las cosas que no han venido á él; y obrando con tan visible defecto de jurisdiccion, hace y comete notoria fuerza, y es consiguiente que puedan los oprimidos usar de los medios convenientes para defenderse, y redimirse de tales opresiones.

3 Varios son los medios por donde se exceden los Jueces en la execucion de la cosa juzgada, y con respecto á diversos objetos; y aunque los autores han inten-

tentado ponerlos en la debida claridad, no han logrado sin embargo en esta parte sus fines.

4 El señor Salgado lo observó oportunamente en la *parte* 4. *de Reg. cap.* 8; pues dexando sentadas hasta el núm. 55. las dos proposiciones indicadas al principio de este capitulo; esto es, que de la execucion de la cosa juzgada no hay apelacion, y que solo se permite y es legítima, excediéndose el Juez executor; se acerca en el número 56. á señalar los casos especiales en que se verifican tales excesos, suponiendo haberse tratado esta materia por los autores con bastante confusion: ibi: *Ut ad speciales, et practicabiles casus deveniamus, cum altius requiratur examen, ut clarius elucescant quæ apud DD. satis confusa reperiuntur, in quatuor examinandas distinctas resolutiones dividam*; y al fin del núm. 59. repite: *Ad quas quidem resolutiones reducere poteris varias, et dispersas DD. doctrinas, quæ nimiam aliter confusionem pariunt, et etiam doctos solent confusos reddere, et intrincare.*

5 Yo no hallo desempeñada la claridad que prometió este autor, pues lo dilatado de los dos capítulos octavo y nono, que son en los que trata de esta materia, bastaria para hacerla obscura y confusa, añadiéndose á esto la inversion del órden en el modo con que debió exâminarla, empezando por los excesos relativos á las personas como mas dignas, y continuando por los que corresponden á la cantidad ó á las cosas, segun lo observó Justiniano en el §. 11. *Institut. de Jur. nat. gent. et civil.*

6 El conocimiento de estos casos debe tomarse de las mismas sentencias y de sus efectos. Así lo propone en el epígrafe del citado *cap.* 8. *An, et quibus casibus ab executore excedente, dum exequitur personas in executorialibus minime nominatas, nec virtualiter comprehensas; appellationi interpositæ non deferens, vim faciat, et quales ii sint casus, specifice monstratur.*

7 La primera resolucion, que propone al núm. 56, se reduce á la sentencia que es dada sobre accion personal, condenando al reo á que pague al actor cierta can-

tidad; y debiendo cumplir este juicio el Juez executor con el precio de los bienes del mismo deudor, procede en este concepto á su venta, y se opone á la execucion un tercero por razon del dominio, de la posesion, ó de otro qualquiera derecho ó interes que pretenda tener en los bienes que se venden al deudor; y si el executor no oye al tercero opositor, ni le admite sus defensas, procediendo por la execucion adelante en la venta de los referidos bienes, hay exceso notorio, y lo coloca el señor Salgado en la clase de personal, respecto á que se dirige á las personas, que ni estan nombradas, ni comprehendidas en la sentencia.

8 Yo atribuiria este exceso al que se comete en las cosas, porque el Juez executor las consideró propias del deudor, y procedió en este concepto á su venta; y si otro alguno las defiende por razon de su dominio, de su posesion, ó de qualquiera otro derecho, será un exceso que directamente se verifica en las cosas, pasando de las del deudor á otras agenas, y la opresion ó daño, que resulta al dueño de ellas, viene por una conseqüencia indirecta á encontrarse en todos los excesos de las acciones reales, porque siempre han de tocar en las personas.

9 Los excesos inmediatamente respectivos á estas se conocerán teniendo á la vista las mismas sentencias, y considerando lo que acerca de sus efectos disponen las leyes: porque la execucion no es limitada á las mismas personas que litigáron, y que fuéron expresamente condenadas al pago de la deuda, sino que tambien se extiende con igual virtud y eficacia á todas las otras personas que por la muerte del deudor han sucedido en sus derechos. Esta representacion las hace legalmente unas mismas, y las pone dentro de las sentencias que se diéron contra sus autores, como se verifica en los herederos, en los sucesores de los mayorazgos, en los Prelados, y en las comunidades que litigáron, y fuéron condenadas con estas calidades.

10 En el capítulo duodécimo de la parte primera traté y expliqué de intento los efectos de la sentencia di-

fi-

finitiva, y señalé su trascendencia á otras personas que ni habian litigado, ni estaban en la letra de las sentencias. Las mismas doctrinas se producen en el capítulo octavo de la segunda parte tratando de los terceros opositores; y con reflexion á lo expuesto en uno y otro se descubrirá fácilmente el exceso del executor en las personas no comprehendidas en la sentencia.

11 Al mismo fin de poner en toda su claridad el exceso que inmediatamente toca en las personas, conviene dividir los procedimientos del executor en dos partes: la primera empieza con el embargo y traba de execucion en los bienes muebles del deudor, por el órden que señala la *ley* 19. *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.* ibi: "Dé su "mandamiento de execucion::::, mandando por él que "se haga la execucion en bienes muebles."

12 Si en este primer paso se metiese el executor en las casas de los que ni están nombrados, ni comprehendidos en la sentencia, á embargarles sus bienes muebles para el pago de la deuda, en que otro se halla condenado, será exceso notorio de persona á persona, considerando inmediatamente obligada al cumplimiento del juicio la que por ningun título fué comprehendida en él.

13 Quando no alcanzan los bienes muebles á cubrir la deuda, de cuya execucion se trata, se extiende el embargo á los raices del mismo deudor; y si en este segundo paso, que se ha señalado tambien en la citada *ley* 19, se hiciese el embargo en bienes del tercero, que ni fué condenado, ni comprehendido en la sentencia, considerándole el executor obligado al cumplimiento del juicio, procederá con exceso notorio é igual al primero indicado; y lo ratificará si le notificare para que dé fianzas de saneamiento, ó en su defecto procediere á su prision; pues en qualquiera de estos actos procede con exceso, executando en una persona la obligacion que no tiene, y que no fué oida, ni vencida en juicio, y á quien no puede perjudicar por su naturaleza ó influxo, segun los casos y circunstancias explicadas muy por menor en los capítulos anteriores.

Los

14 Los juicios, que se han seguido con los principales obligados, causan executoria de cosa juzgada, no solo con ellos sino igualmente con los fiadores y abonadores, y otros de segundo órden; aunque estos no hayan sido citados, ni convencidos en el propio juicio.

15 Si el executor omitiendo proceder contra el principal y sus bienes lo hiciere contra los del fiador, será exceso de persona á persona: porque la obligacion del fiador es condicionada para el caso de que el principal no tenga bienes suficientes á cubrir su deuda; y hasta que se verifique con la execucion de ellos, no empieza la obligacion efectiva del fiador, ni le comprehende la sentencia.

16 Quando el deudor es condenado al pago de ciento, y el executor procede á la execucion de mayor cantidad, su exceso es notorio en esta parte, y da justa causa á la apelacion y recurso. Los herederos condenados al pago de la deuda del difunto se entiende que lo son á prorata de la porcion en que han sucedido; y si el executor procede contra alguno á exîgirle mayor cantidad de la que le corresponde, comete igual exceso. Lo mismo sucede en los obligados de mancomun, que no lo son *in solidum*, segun y en los términos que acerca de estas proposiciones se han propuesto y explicado en los citados capítulos.

17 La segunda parte de la execucion, en que se han distribuido los procedimientos del Juez executor, consiste en la subhasta y venta de los bienes embargados al deudor en el concepto de pertenecerle. En este estado viene un tercero exponiendo que los referidos bienes le tocan y pertenecen en pleno dominio ó en el directo, ó en el útil, y solicita que el executor lo declare así, y se los restituya, suspendiendo la execucion que habia empezado. Si el executor desprecia esta instancia y sin oirla en juicio ordinario, procede sin embargo por la execucion adelante, se excederá notoriamente respecto de las cosas en que debe cumplir el juicio, que deben ser propias del

del deudor condenado, conforme á la *ley* 3. *tit.* 27. *Part.* 3. y otras del *tit.* 21. *lib.* 4. *de la Recop.*

18 Igual exceso hay, quando el executor no oye al tercero, que funda su interes en la posesion de los bienes que se intentan vender, ó en qualquiera otro derecho que pretenda tener en ellos, ó en la preferencia al pago de su crédito en el precio de los referidos bienes, en el supuesto de no alcanzar los del deudor á todos sus acreedores.

19 De estos casos y otros semejantes tratáron con mucha extension Salg. *de Regia p.* 4. *cap.* 8. *y* 9, y el señor Covarrub. *Practic. cap.* 16. con otros muchos autores que refieren, inclinándose á la opinion de que en tales excesos tiene lugar la apelacion; pero contemplan necesario que los terceros, que se oponen á la execucion, expongan sus derechos y las causas de que proceden, y que lo justifiquen á lo ménos con probanza semiplena *incontinenti*, dentro de un breve término, para que sean oidos despues en juicio ordinario, suspendiendo entretanto la execucion.

20 Esta prévia informacion, que exîgen los citados autores para el fin explicado, la fundan en la *ley* 3. *titul.* 27. *Part.* 3, en la qual se refiere y dispone: "Que »si por aventura, en cumpliendo el juicio, acaesciese con»tienda sobre las cosas que tomaban para facer la entre»ga; diciendo algunos, que eran suyas, ó que avian de»recho en ellas, é non de aquel contra quien fué dada »la sentencia: estónce deve el Judgador llanamente sa»ber verdad, si es como dicen; é si fallare que es así, »deve dexar las cosas, é cumplir el juicio en las otras »del vencido, que fallare que son sin contienda." Igual disposicion se contiene en la *ley* 15. §. 4. *vers. Sed sciendum est. ff. de Re judicat.*

21 Pero como las enunciadas disposiciones deben ceder á la posterior, que en este punto contiene la *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3. *de la Recop.*, que no tendrian presentes los referidos autores, como lo observó oportunamente Parladorio *Rer. quotidianar. lib.* 2. *cap. fin. p.* 5. §. 11. *n.* 57,

y

y Carlev. *de Judiciis tit.* 2. *disput.* 8. *nn.* 10. *y* 11, siguiendo el mismo concepto; logran los opositores el que sin necesidad de dar sumaria informacion sean oidas sus pretensiones, y recibidas á prueba inmediatamente con término ordinario, quedando entretanto y hasta su decision suspensa la execucion. Esto es lo que literalmente dispone la citada *ley* 41, y así está recibida en los tribunales, y entendida generalmente por los autores.

22 Pero debe advertirse que quando la oposicion se funda en la posesion ó dominio, ó en otro derecho real, á que esten afectos los bienes que intentan venderse al deudor, se detiene la execucion en aquel punto en que la halla la oposicion del tercero; pero si éste no produxese derecho real en los bienes, y sí el de preferencia al pago de sus créditos, correrá la disposicion de la ley en quanto á ser oida, y recibir á prueba su pretension en juicio ordinario, continuándose la venta de los bienes executados; y su precio se depositará para hacer pago á los acreedores por el órden de preferencia en que sean graduados por la sentencia difinitiva.

23 Esta diferencia se funda en que la venta de dichos bienes no perjudica á los acreedores, y así no tienen interes en detenerla, ántes bien con ella se habilita su mas pronto y efectivo pago en el precio que debe depositarse en persona llana y abonada; pues aunque el señor Salgado en la *part.* 4. *de Reg. cap.* 8. *n.* 65, conviniendo en que pueden venderse los bienes, quando el tercero funda su pretension en la preferencia de su crédito, es de dictámen que el precio de ellos se entregue al acreedor, á cuya instancia se libró la execucion, dando caucion depositaria de responder al acreedor de mejor derecho; en esta última parte se desvian los tribunales de su observancia, y proceden á depositar el precio en persona abonada, que no tenga interes en el pleyto, evitando por este medio que el acreedor que recibia el dinero, aunque con la caucion depositaria indicada, no dilate el pleyto maliciosamente.

En

24 En un solo caso podrá tener lugar la doctrina de este autor, y es quando atendidas las recomendables circunstancias del crédito, de cuya execucion y paga se trata, y las de aquellos que producen los terceros, se percibe á primera reflexion la preferencia de aquel, y que no podrá superarse por los posteriores acreedores; y con solo este conocimiento instructivo condesciende el Juez á entregar la cantidad del crédito con la indicada reserva y precaucion de que sea sin perjuicio del acreedor de mejor derecho; pues con la caucion que presta, queda siempre sujeto al mismo juicio, logra el beneficio que le puede producir el dinero que recibe, no se presume que usará de maliciosas dilaciones en el pleyto por el buen derecho que ha manifestado; y los demas acreedores no sufren perjuicio alguno ni aun en la dilación de su pago, porque nunca se les haria hasta la sentencia difinitiva, y lo mas que podrian desear, seria que se depositase el producto de los bienes vendidos al deudor, cuya seguridad queda precavida por el medio equivalente de la caucion y fianza que da el acreedor, que en los términos explicados se presenta con mayor preferencia.

25 En la execucion de la cosa juzgada sobre restitucion de bienes es mas fácil conocer los excesos del executor; y habiendo tratado largamente de ellos los referidos autores, omito de intento el repetirlos.

CAPÍTULO II.

La parte executada y los terceros coadyuvantes ó excluyentes deben proponer sus excepciones y defensas en el juicio ante el mismo Juez executor, sin que puedan hacerlo en el tribunal del Juez principal que dió la sentencia.

1 Los que litigan pueden hacer sus defensas, y proponer sus excepciones en dos tiempos: el primero es miéntras el juicio principal; y el segundo durante el exe-

cutivo, que procede de la sentencia pasada en cosa juzgada. Por exemplo pide el actor diez mil reales: confiesa el reo la obligacion en su orígen; pero alega la excepcion de paga, compensacion, pacto de no pedir, ú otras semejantes á las que señala la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4. *Rec.*; y exâminadas con la accion principal en aquel juicio, procede la sentencia condenando al demandado al pago de la dicha cantidad, y se trata de su execucion, luego que es pasada en cosa juzgada por alguno de los medios que se han referido. Entónces queda reducida la facultad del Juez executor al mero ministerio de hacer pago al acreedor en los bienes del deudor, y se considera y llama executor mero; pues no puede admitir las excepciones que fuéron propuestas y decididas por el Juez principal.

2 Las acciones reales, que se dirigen á vindicar y recobrar los bienes, de que otros estan en posesion, embeben al mismo tiempo por su naturaleza la restitucion de frutos que hayan producido, ó debido producir los mismos bienes, ya se pidan expresamente, ó ya se omita esta ampliacion. Si el actor al tiempo de su demanda, ó en el progreso del pleyto ántes de la prueba señalase la cantidad de frutos que solicita, vienen al juicio con la accion principal; y determinándose en la sentencia la porcion que debe restituir el poseedor de los bienes, ó la cantidad de su importe, el Juez requerido ó comisionado será por la propia razon executor mero; y lo mismo sucede quando se demandan daños y perjuicios; pues si el actor los especifica y prueba, se determinan y comprehenden igualmente en la sentencia difinitiva, sin que el executor pueda oir excepciones algunas relativas á moderarlos ó liquidarlos.

3 Quando en los juicios principales no se han propuesto las enunciadas excepciones, quedan preservadas, y pueden usar de ellas las partes en la execucion de las sentencias, ya sea para modificar su condenacion, ó ya para liquidarla; debiendo hacerlo ante el executor que es mixto en estos y otros casos semejantes, y que puede conocer de las

las referidas excepciones, y determinarlas. Fúndase la facultad de los executores mixtos en la regla positiva y segura de que el Juez principal, que delega ó manda su jurisdiccion á otro, le da toda la que le es necesaria para cumplir su mandamiento, y quiere que para llegar al fin use de los medios y antecedentes precisos. Esta es una proposicion generalmente recibida, que debió su orígen al Jurisconsulto Paulo en la *ley* 5. §. 1. *ff. de Offic. ejus cui mandat. est jurisdict.*

4 Los terceros opositores solo tienen un tiempo para producir sus derechos y excepciones en la execucion de la sentencia pasada en cosa juzgada; pues no habiendo comparecido en el juicio principal por coadyuvantes ni excluyentes, (en cuyo caso dexarian ya de ser terceros en el juicio executivo) vienen á él con estos dos respectos, pudiendo los primeros proponer aquellas defensas y excepciones que son permitidas á las partes que litigáron, porque hacen unas mismas personas en sus representaciones; pero los que se presentan en calidad de excluyentes, usan libremente de todos sus derechos para impedir la execucion, y deben hacerlo ante el propio Juez executor, que siempre es y se considera mixto respecto de los terceros, aunque sea mero para las partes que litigáron, y expusiéron en el pleyto principal todas sus excepciones, lo qual no sucede en las de los terceros opositores, que vienen al juicio executivo para impedir que se embarguen y vendan sus propios bienes, ó se les perjudique en la posesion ú otros legítimos derechos que tengan en ellos; pues si el Juez executor no traxese en su comision facultad y jurisdiccion suficiente para discernir si las personas y los bienes, en que intenta cumplir la sentencia, estan libres de ella, se expondrán muchas veces á contravenir á su mandamiento, que es reducido á los estrechos límites de cumplirle en las personas nombradas ó contenidas en la sentencia y en sus bienes; y es justo se asegure en los que son agenos para no excederse contra la intencion del Juez principal.

5 El señor Covarrubias en el *cap.* 16. *de sus Prácticas n.* 5. decide con uniformidad esta qüestion, atribuyendo al executor mixto jurisdiccion competente para conocer de las referidas excepciones; y estima que las partes, ya hayan litigado, ó ya vengan como terceros excluyentes, deben proponerlas ante el propio Juez executor, sin que puedan hacerlo ante el principal que causó la executoria con su sentencia. Funda este autor su opinion en que el tercero debe probar breve y sumariamente su derecho y excepciones para detener la execucion, y para que sean oidas y determinadas sus pretensiones, y tiene por cosa iniqua que para este fin hubiese de recurrir al Juez que causó la executoria, porque se hallaria muchas veces á larga distancia; y reflexiona asimismo que el tercero, que se opone á la execucion, no está sujeto á la jurisdiccion del Juez principal que dió la sentencia.

6 Estas dos causas aunque no son las principales, con que se prueba y convence la autoridad del Juez executor mixto para conocer de las enunciadas pretensiones de los terceros opositores, y si lo es la insinuada antes, añaden alguna fuerza á la opinion referida; de donde se convence que aunque los terceros opositores sean admitidos desde luego sin informacion sumaria de su derecho, y detengan la execucion, recibiendo con respecto á ellos la causa á prueba, como sucede por lo dispuesto en la citada *ley* 41. *tit.* 4. *lib.* 3, corre sin embarazo la doctrina y opinion indicada á favor de los executores.

7 Salgado *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 8. *y siguient.* dice que el executor, que no admite las excepciones legítimas de los terceros opositores, suspendiendo la execucion de la cosa juzgada, procede con exceso, y es apelable la sentencia en ambos efectos, haciendo en esto supuesto de que el executor puede y debe admitirlas; y que la parte que las propone no tiene necesidad de recurrir al Juez principal que manda executar dicha sentencia.

8 El conocimiento que debe tomar el Juez executor, quando se le encarga la liquidacion de frutos, y de las impen-

pensas y perjuicios en que es condenada alguna de las partes, y el que exîge el mismo incidente en caso de reservarlo el Juez, que conoció de la causa principal, toca á un nuevo juicio ordinario, requiere prueba, y admite sentencias de vista y revista en los tribunales superiores; y hasta que se cause executoria de cosa juzgada en quanto á la cantidad de los frutos, perjuicios y daños contenidos con generalidad en el juicio principal, no empieza, ni puede correr la execucion de la sentencia.

9 A la prueba de las proposiciones, que por su órden quedan indicadas, conduce la *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. *de la Recop.*; la qual motiva en su principio los daños que se habian experimentado, y se seguian de la condenacion general de frutos que hacian los Oidores, sin tasar ni liquidarlos, por lo que resultaba de las probanzas hechas en el pleyto principal. Refiere y señala primeramente la ley la necesidad de remitir la liquidacion de ellos á contadores. Este primer paso empieza á causar dilacion en el cumplimiento de la sentencia, y gastos á las partes que deben pagar á los contadores sus derechos.

10 El parecer de los contadores nombrados por las partes, aunque sea conforme, que lo es pocas veces, no trae aparejada execucion, sino es confirmado por sentencia del Juez que conoce de la causa, segun dispone la *ley* 24. *tit.* 21. *lib.* 4. *Recop.*; y como esta union de circunstancias rara vez concurre, queda pendiente la execucion de la sentencia principal, y se hace forzoso oir á las partes en este nuevo pleyto, que es el segundo daño que indica la misma *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recop.* en estas palabras: "Porque de nuevo se torna el pleyto sobre la li»quidacion." Además que el juicio de los contadores solo puede recaer sobre hechos ciertos que no hay en la condenacion general de frutos, faltando la prueba.

11 Que este pleyto sea ordinario en sus trámites y en su conocimiento se manifiesta en la letra de la misma ley, pues dice: "Que se tornan á dar otras sentencias »de vista, y revista."

Los

12 Los frutos, intereses y perjuicios en que con generalidad fué condenada alguna de las partes, reciben grande variacion por diversas causas que son de mero hecho; y como no se presumen si no se prueban, entra de necesidad el término que debe concederse á las partes, para que hagan la que tengan por conveniente, pues en esto consiste esencialmente su natural defensa.

13 El término para probar los hechos y causas, de donde el Juez executor ha de sacar la verdad, no se halla determinado ni limitado en las leyes del reyno, y se deberá estar á lo que disponen las *del tit.* 6. *lib.* 4. *de la Recop.*, señaladamente la 1, reservando al mismo Juez executor el prudente arbitrio de restringir los términos de la prueba, segun los que considere necesarios para que puedan las partes hacerla sin opresion ni fatiga.

14 La misma condenacion de frutos, intereses ó daños embebe ciertas condiciones, que es preciso purificar con la prueba, para que empiece á tener efecto la sentencia; pues en quanto á los frutos ha de intervenir la condicion de que los hayan producido los bienes, á que se refiere la sentencia, porque muchas veces no llega este caso.

15 Los intereses y daños contenidos generalmente en la sentencia llevan consigo igual condicion de que los haya sentido la parte, á cuyo favor está dada: porque el Juez la funda en la causa que consta del juicio principal, y por la culpa y malicia del reo le hace responsable á los perjuicios que hubiese padecido la otra parte; pero no determina que los haya, ni en que cantidad, siendo uno y otro necesario para que el executor proceda á la exâccion. De otro modo seria injusticia notoria que se considerase comprehendida en la sentencia principal una condenacion, que excediese de la cantidad que justamente debiese el reo, exponiéndose el executor á obrar con exceso en esta parte.

16 No es suficiente, para llegar á la exâccion de frutos, que conste por las pruebas del juicio principal ó por las hechas ante el executor, la porcion de frutos produ-

ci-

cidos, y percibidos por la parte que es condenada á su restitucion: porque además lleva otra segunda condicion, que consiste en que no se hayan invertido y consumido en el cultivo, beneficio y aumento de los mismos bienes, y paga de las cargas á que se hallan afectos; de suerte que solo el residuo viene, y se entiende comprehendido en el nombre de frutos sujetos á restitucion.

17 El actor favorecido en la sentencia por los frutos que debe percibir, lo es tambien en su liquidacion ante el executor, y le incumbe probar la cantidad cierta de ellos. De otro modo quedarian en este juicio tan ilíquidos como lo estaban en la sentencia del principal, impidiendo por los mismos principios su execucion; y como la sentencia pasada en cosa juzgada no limita los términos de la prueba á la parte, á cuyo favor se dió, los mismos debe gozar la que es condenada, por la igualdad que exîge la justicia en los juicios, segun lo que disponen las leyes, y observan los tribunales en el punto de pruebas, aunque se concedan por un remedio privilegiado y extraordinario, como es la restitucion *in integrum* á favor de los menores, segun se dispone en la *ley* 3. *tit.* 8. *lib.* 4, en estas palabras: "Y que del término, que se diere por »restitucion, goze la otra parte, si quisiere; y pueda ha»cer su probanza, segun y como lo puede hacer la par»te, á quien fuere otorgada la restitucion."

18 Si la parte que solicitase en la causa principal la entrega y restitucion de frutos, señalase la quota que demanda, le incumbe probarla, y el demandado puede hacer la suya hasta concluir y convencer que no hay frutos, por no haberlos producido los bienes, ó no haber alcanzado á cubrir los gastos de su cultivo y beneficio, ó ser menor la quota que la demanda; y siendo en este juicio principal iguales el actor y el reo en quanto á poder probar cada uno lo que les convenga, ¿qué razon puede haber para que no lo sean en las resultas que se encargan al executor?

19 Los instrumentos públicos y las sentencias pasadas

das en cosa juzgada, son de igual fuerza en quanto á producir execucion de lo que contienen, como se reconoce en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 4; y no pudiendo despacharse execucion en virtud del instrumento de cantidad ilíquida, hasta que se determine y liquide por las pruebas que precedan, oidas las partes, lo mismo corresponde hacerse en la liquidacion de lo que contienen las sentencias.

20 De este artículo han tratado muchos autores con variedad y confusion en sus respectivas opiniones. Gutier. *lib.* 3. *Practicar. q.* 39. *n.* 13. supone que el instrumento, que no contiene cantidad cierta y líquida, no trae aparejada execucion, y que si el Juez pronunciase sobre la liquidacion, se puede apelar de esta sentencia, continuándose en via ordinaria; y para huir de estas dilaciones inventa un medio, que ni se prueba con ley alguna, ni puede acomodarse á la qüestion insinuada: porque está decidido por la citada *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. que las sentencias, que dan los tribunales sobre liquidacion de lo que contiene la dada en el juicio principal, admiten súplica, y se llega á la de revista.

21 Paz *en su Práctica*, *tom.* 1. *part.* 7. *cap. único*, hace el mismo supuesto de que en el juicio sobre liquidacion tienen lugar las dos sentencias de vista y revista, y procede á exâminar la duda de si puede interponerse la segunda suplicacion, concurriendo las circunstancias que requiere la ley, señaladamente en la cantidad que resulta de la liquidacion; y es de parecer que debe tener lugar por las razones que indica, que en mi dictámen son poderosas para convencer la opinion contraria, con las quales, y las demas que van referidas, se puede dar plena satisfaccion á las opiniones que establecen el señor Covarrubias *Variar. lib.* 2. *cap.* 11, y Salgad. *de Reg. p.* 4. *cap.* 3. *n.* 28. *et cap.* 10.

22 Al núm. 1. propone el señor Covarrubias una duda, reducida á si el instrumento público en que se prometió el interes de los daños ó la restitucion de las expensas, ú otra cosa que no tiene cantidad líquida ni difi-

ni-

nida, trae aparejada execucion, y se puede pedir y despachar conforme á las leyes y estatutos que se han referido. Hácese cargo el señor Covarrubias de las opiniones encontradas de Bártulo, Paulo Castrense, Baldo, Socino y otros que refiere en el mismo lugar, y confesando que de unas y otras resultán graves dudas, se propone interpretar y exâminar el verdadero sentido de la opinion de Bártulo, y la reduce á que por el enunciado instrumento de cantidad ilíquida se puede pedir y despachar execucion, conteniéndose en este primer paso sin trascender al embargo de bienes muebles y raices, ni á la captura del reo que no da fianzas de saneamiento; pues estos procedimientos los reserva, y dexa pendientes de la prévia justificacion, que en el juicio sumario executivo debe hacer el actor, poniendo en claro la cantidad cierta que se contiene en el citado instrumento, permitiendo igualmente al reo que pruebe lo contrario en el mismo juicio sumario.

23 Así se explica este sábio autor en el citado *n.* 1. *vers. In summa*: ibi: *Instrumenti non liquidi executio petitur, et fieri potest in hunc sane sensum: ut summario judicio, citato reo ipso, prius ad liquidam quantitatem deducatur ipsius contractus incertitudo: ac demum hoc acto, legitimis probationibus utriusque productis, fiat executio, deturque mandatum à Judice de capiendis pignoribus ad venditionem, aut ipsomet reo ad carceres ducendo in bonorum subsidium*; y en el *vers. Primum*, repite la facultad del reo para probar contra la estimacion y determinacion de la cantidad, ibi: *Fateor tamen licere omnino ipsi reo huic examini, et certæ, ac liquidæ quantitatis definitioni objicere quidquid jure eidem obesse potest.*

24 Si este autor confiesa literalmente las dos proposiciones capitales que dexo referidas, es á saber que la persona, á cuyo favor suena el instrumento público, es actor en la prueba de la cantidad cierta y líquida que contiene, y que el reo puede probar quanto le convenga en contrario ¿qué ley ó razon puede haber para restringirles el término de su respectiva prueba, ni para dar

valor eficaz y executivo á la que haga el actor en aquel juicio sumario?

25 Tambien conviene dicho autor en otra proposicion que igualmente se ha referido, y es que si el Juez llega á pronunciar sentencia declarando y determinando la cantidad de los frutos, intereses, é impensas á que se refiere el instrumento, mire y reflexione las probanzas como un medio instructivo, que asegurando en lo interior su juicio, mande continuar la execucion por la cantidad que concibe, y no ha declarado; y como este arbitrio no se funda en ley ni en razon sólida, que obligue á ser recibido y practicado, no puedo separarme de la opinion establecida, es á saber que ya sea instrumento público, ó ya sentencia pasada en cosa juzgada, como no determine la cantidad cierta de la obligacion, no produce execucion, y debe preceder un nuevo juicio diverso enteramente del principal y de la propia naturaleza del ordinario; y así lo estimó Baldo con otros que refiere el mismo señor Covarrubias.

26 La citada *ley* 52. *tit.* 5. *lib.* 2. supone por cierto el nuevo juicio, y las sentencias de vista y revista, á que se daba lugar con la liquidacion de frutos no explicados en la condenacion general; y deseando ocurrir á los gastos y dilaciones que se habian de experimentar, no adoptó el medio, que han inventado los referidos autores, de que se liquidasen en juicio breve y sumario, executándose la cantidad que concibiese el Juez haber probado el actor, sino que recurrió al que señala la misma ley, de que los abogados propongan y hagan probanzas de la cantidad y valor de los frutos, intereses ó impensas que se demandan, para que por lo que resulta de ellas los tasen y determinen los Jueces que conocen de la causa.

27 Muchas veces he visto en el Consejo, y condescendido con mi dictámen á que se regulen los perjuicios y otros intereses, que no constan del proceso, por un arbitrio prudente y reflexivo, moderando la cantidad con toda la equidad posible á favor del reo; pues aunque el ac-

actor pudiera mejorar su suerte, y sacar mayor cantidad, haria mas crecidos gastos en el nuevo juicio de liquidacion, y padeceria otras incomodidades, que son indispensables, con gran turbacion de la causa pública.

28 Salgado *de Regia part.* 4. *cap.* 10. reconoce la confusion, con que han tratado los autores del artículo ó incidente de la liquidacion de frutos, intereses, é impensas; y admite la opinion del señor Covarrubias sin añadir ley ni razon que la demuestre. Por tanto seria molesto repetir los convencimientos que se han indicado.

CAPÍTULO III.

Los que han litigado en un juicio, que pasó en cosa juzgada, pueden usar de la apelacion, y de los recursos de nulidad y queja, para enmendar las injusticias y los excesos de los Jueces executores.

1 Aunque la apelacion es un medio comun tan recomendado por las leyes para el fin de prevenir y reparar los agravios que hacen los Jueces, con todo no siempre los detiene y suspende, sino que muchas veces dexa correr su execucion, por la mayor autoridad y presuncion, que atendidas todas las circunstancias persuaden la justicia de los que mandan, y la malicia de los que intentan la suspension. Estos son los casos en que tiene lugar la apelacion en el solo efecto devolutivo; y en los de esta clase entran las apelaciones que se interponen de los procedimientos de los Jueces, que entienden en la execucion de la cosa juzgada, ya sean meros executores ó ya mixtos.

2 Estas son las dos reglas que establecen los autores, señaladamente Salg. *de Reg. part.* 4. *cap.* 1. *n.* 16, y *cap.* 3. *n.* 15: Parlad. *Rerum quotidianarum lib.* 2. *cap. final. part.* 2. §. 3. *n.* 3. *y* 4: Scac. *de Appellationib. q.* 16. *limitac.* 1. *n.* 10, y *limitac.* 24. *n.* 1, y en la *qüest.* 17. *limitac.* 10. *n.* 1: Gonzalez en su *comentario al cap.* 43.

de Appellationib. n. 5, con otros muchos autores que siguen esta misma opinion.

3 Fundan y prueban estos autores la insinuada regla primera con el sentido literal de la *ley* 52. *tit.* 18. *Part.* 3: con la 4. *ff. de Appellationib.* ibi: *Ab executore sententiæ appellare non licet*: con la 5. *Cod. Quorum appellationes non recipiantur*: ibi: *Ab executione appellari non posse, satis et jure, et constitutionibus cautum est*; y con el *cap.* 43. *ext. de Appellationib.*: ibi: *Unde cum secundum jus ab executoribus appellari non possit.*

4 Deducen la segunda regla los mismos autores de la generalidad relativa á los executores, que contienen las leyes y los cánones que se han citado, en donde entienden que estan comprehendidos unos y otros executores, respecto á que no hace diferencia de ellos; y no es lícito introducir distinciones, quando las leyes no las hacen: porque ó son interpretaciones ó revocaciones parciales, que estan reservadas al autor de las mismas leyes.

5 Si los executores exceden los límites de su comision, carecen de jurisdiccion y potestad, obran con nulidad y como personas privadas; y es justo detener tales procedimientos por medio de la apelacion, que deben admitir en ambos efectos, siendo esta una limitacion capital de las reglas antecedentes, muy expresa en las autoridades que se han citado, y generalmente recibida y observada en los tribunales.

6 En los dos capítulos antecedentes traté largamente de los medios y modos con que se verifican los excesos de los executores, y este conocimiento facilita el que debe tomarse para determinar los casos en que puede tener lugar la apelacion suspensiva. Al mismo intento explicó el señor Salgado las reglas por donde debia conocerse si el procedimiento del Juez executor tocaba en el agravio de exceso, ó de simple injusticia contenida dentro de los límites de su jurisdiccion, señaladamente en la *parte* 4. *de Regia, cap.* 3. *n.* 36. *y siguientes*, y en el 80. *y* 81.

Yo

7 Yo no deseo introducir opiniones singulares, porque venero mucho el dictámen casi uniforme de hombres tan sabios, que han merecido todo el respeto y autoridad de los tribunales; pero al mismo tiempo creo ser de mi obligacion hacer y repetir aquellas observaciones, que conducen á la mejor y mas clara inteligencia de las doctrinas generales que admiten y siguen algunas veces los autores sin el debido exámen y discernimiento del orígen en que intentan fundarlas, especialmente no estando autorizadas por las leyes del reyno ni por los cánones, que en sus casos deben formar la regla en la ordenacion y decision de las causas.

8 La extension que hacen los referidos autores á los executores meros y mixtos, impidiendo la apelacion suspensiva de sus procedimientos, aunque contengan injusticia ó gravámen simple, porque no excede el modo y límites de su comision, la fundan en que las leyes y los cánones hablan en general de los executores, sin distinguir que sean meros ó mixtos; pero yo no hallo esta general ó indefinida expresion, que se atribuye á las enunciadas leyes; pues las mas tratan particularmente de los executores meros, como se reconocerá por su literal contexto.

9 La *ley* 52. *tit.* 18. *Part.* 3. pone los casos en que deben ser cumplidas las cartas "sin pleyto, é sin juicio »ninguno:" el primero es, quando manda el Rey á alguno "facer algun fecho señalado." Continúa la misma ley con algunos exemplos de los casos particulares contenidos en la misma regla general, "así como si le mandase pren»der, ó matar algun ome, ó derribar torres, ó otras for»talezas, ó facer cumplir algun juicio, ó otro fecho se»ñalado quel mandase facer ciertamente, diciendo en la »carta: faced tal cosa luego que esta carta vierdes. On»de decimos, que aquel contra quien va la carta, non »puede poner defension ninguna ante sí, porque non »cumpla aquello, quel fué mandado por tal carta."

10 Ninguno dudará que así la regla como los casos

sos

sos particulares, que refiere esta ley, son de mero hecho específico y señalado, y que solo toca al Juez executor su puntual cumplimiento, que es el distintivo de los meros executores; y mas repitiéndose en la conseqüencia dispositiva de la ley "que aquel, contra quien va la carta, »no puede poner ante aquel Juez defension alguna;" en lo qual no solo excluye como parte de su defensa la apelacion, sino las demas que podian caber en el juicio.

11 Continúa la misma ley con dos excepciones, permitiendo al executor que pueda oirlas, y recibir sobre ellas pruebas, para el fin único de hacerlo saber al Rey, y esperar su resolucion, prohibiéndole que juzgue sobre aquellas defensiones, *ibi*: "Mas él non deve judgar sobre »ellas;" y da la razon de la antecedente prohibicion, *ibi*: "Pues que la carta manda facer cosa señalada, é non le »da poder de judgar." Concluye la ley con la siguiente decision: "E del fecho, que ficiese aquel á quien fue»re embiada la tal carta, non se puede ninguno alzar;" quiere decir que executando y cumpliendo el hecho que contiene la carta, no hace agravio, y falta el motivo y fundamento de la apelacion, que reconoce solamente en lo que excediere; y así concluye la ley con la excepcion de la regla antecedente: "Fueras endé, si pasare además »de quanto por aquella carta le fuere mandado."

12 El *cap.* 43. *ext. de Appellationib.* habla determinadamente del executor mero, y prohibe que se apele de la execucion que hiciese conforme al mandato. El epígrafe del capítulo dice: *Merus executor non recusatur, nec ab eo appellatur, nisi modum excedat.*

13 El hecho de este capítulo se reduce á un entredicho acordado por sentencia del Papa, y publicado por el Cardenal executor; y en estas circunstancias decide no haber lugar á la apelacion, que se habia interpuesto de la publicacion y execucion del entredicho, demostrándose en todas sus partes ser limitada la prohibicion de apelar á la execucion mera y arreglada á la sentencia y disposicion precedente: porque falta en este caso el agravio,

vio, en que necesariamente debia fundarse la apelacion. Este es el sentido literal que se presenta en el citado *cap.* 43, y el mismo que con mucha erudicion expone Gonzalez en su *comentario.*

14 La misma inteligencia reciben las *leyes del Digesto y Código* en su literal contexto. La *ley* 4. *de Appellat.* dice: *Ab executore sententiæ appellare non licet*: la *glosa al n.* 32. *Executoris ab executione appellari non potest, nisi modum excedat.* El distintivo, con que señala esta ley al executor, es la execucion de la sentencia, y el motivo de la apelacion el agravio que se deduce de la misma execucion; y como éste no puede verificarse, quando se arregla á lo que expresa y contiene la sentencia pasada en cosa juzgada, y solo puede haber agravio y perjuicio en lo que excede, limita á este solo caso la apelacion.

15 Con la misma restriccion se explica la *ley* 5. *Codice, Quorum appellationes non recipiantur*, y la *ley* 25. *Codic. Theodos., eodem titulo.* Pues si ninguna de las autoridades, que se han referido, habla de executores mixtos ni de las apelaciones, que se hayan de interponer de sus procedimientos sobre las excepciones y liquidaciones que pueden juzgar, declarar y determinar, parece muy arriesgada la opinion de los autores que se han citado, que extienden la prohibicion de apelar á tales procedimientos judiciales, aunque contengan injusticia y agravio, y parece al mismo tiempo ocioso el discernimiento, que para este efecto hace el señor Salgado entre la injusticia ó agravio simple y el que llama qualificado, que es como se explica en la *parte* 4. *de Reg. cap.* 3. *n.* 76. *y siguientes.*

16 Con reflexion á las autoridades y razones que se han referido, me parecia muy conforme á la regla comun el que los actos executivos, ya sean del executor mero ó del mixto, no son apelables quando se conforman con lo prescripto en la sentencia; pero lo son en lo que exceden, porque en esta parte hay agravio, y no le hay en la primera.

La

17 La diferencia única, que yo considero entre los dos executores, consiste en que el mixto puede juzgar, y determinar con audiencia de partes lo que no está juzgado, ni determinado en la sentencia difinitiva; y si en el uso de esta jurisdiccion procede con injusticia y agravio en sus sentencias, podrá decirse con verdad que la apelacion no es relativa á la execucion sino á la decision, que hace como Juez este executor mixto; y salvándose quanto disponen las leyes acerca de prohibir apelar de la execucion, queda expedita la regla que permite hacerlo de toda sentencia que causa agravio, ya sea difinitiva ó interlocutoria, con la diferencia de que basta alegarlo en aquella con generalidad, y es necesario expresarlo en ésta, mayormente quando es de considerable entidad, y no puede repararse posteriormente sin grave daño; pues seria opresion é injusticia notoria obligar á la parte á sufrir largo tiempo el perjuicio, que le causa el Juez por su determinacion ó sentencia.

18 Para hacer demostrable esta regla fundada en las leyes, y recomendada por la equidad á favor de la natural defensa, conviene recordar lo que se explicó sobre las apelaciones y sus verdaderas causas en el capítulo segundo de la parte segunda, en donde quedan establecidas las reglas capitales de esta materia. Por la primera regla se asegura que el uso de las apelaciones es necesario y freqüente, y que se dirige á contener y enmendar los agravios que hacen los Jueces, y á suplir tambien la negligencia de los mismos litigantes, dirigiéndose por estos medios á defender sus derechos; y estas recomendables circunstancias hacen decidir á favor de la apelacion y sus efectos suspensivos en todos los agravios, que causen los Jueces por sus sentencias difinitivas ó interlocutorias, quando en éstas lo permiten las leyes y ordenanzas, segun y con la diferencia que se ha notado en el citado capítulo segundo de la segunda parte, la qual se reduce á que en las sentencias difinitivas basta que la parte se tenga por agraviada para que se admita la apelacion en am-

ambos efectos ; y lo mismo sucede en las interlocutorias, señalando y determinando el agravio.

19 Baxo de esta regla no pueden correr las doctrinas del señor Salgado en quanto á la distincion, que hace del agravio ó injusticia simple y del exceso del Juez executor ; para cuyo convencimiento me valdré de los mismos dos casos, que este autor trae por exemplo. El primer caso es del executor encargado por el Juez principal de liquidar los intereses ó frutos, cuyo valor y cantidad no se halla determinada, aunque estan contenidos en la condenacion de la sentencia ; y declarándola el executor en la suya, dada con audiencia de las partes, apela alguna de ellas por el agravio y exceso, que concibe en la mayor cantidad que señala, ó en la menor que estima contra la otra parte ; en cuyo caso dice el señor Salgado que se executa la sentencia del Juez executor, permitiendo la apelacion en solo el efecto devolutivo.

20 De esta doctrina y de la que con uniformidad insinúa el señor Covarrubias en los lugares, que muy por menor se refieren en el capítulo próximo anterior, hice en este lugar particular mérito, separándome de su dictámen por las leyes y consideraciones que expuse, para venir á declarar que de las sentencias, que dieren en tales casos los Jueces executores, debe admitirse la apelacion en ambos efectos ; añadiendo ahora en su comprobacion que la sentencia del Juez executor mixto, en quanto liquida ó determina la cantidad de los frutos ó intereses comprehendidos generalmente en la sentencia del juicio principal, es difinitiva, y está baxo la regla que se ha insinuado de permitir las apelaciones en ambos efectos, como lo prescriben todas las leyes citadas en el capítulo primero de esta tercera parte.

21 Scacia *de Appellationib. q.* 17. *limitat.* 10. *n.* 54. exâmina el mismo artículo, y es de dictámen que puede apelarse en ambos efectos de la sentencia del executor que liquida y determina la cantidad y valor de los

frutos é intereses, haciéndolo de la parte en que la considera excesiva.

22 El segundo caso que refiere el mismo Salgado *part.* 4. *cap.* 3. *n.* 81, en la clase de simple gravámen y no de exceso, se reduce á la sentencia del Juez principal, que condenando á alguna parte en cierta cantidad encarga la execucion de su pago á otro Juez, que en tales circunstancias será mero executor; y haciendo éste el pago en menor cantidad que la expresada en la sentencia, si la parte agraviada apela, dice este autor que la apelacion solo tiene lugar en el efecto devolutivo; y da la razon, porque es una injusticia ó gravámen simple, que no toca en el extremo de exceso. Este dictámen sin duda lo fundaria Salgado en que teniendo facultad para executar al reo en mayor suma, se contiene en ella la menor.

23 Yo hallo en este caso notorio exceso sobre el mandato, porque debiendo cumplir fielmente lo que se le ordena, no lo hace el executor despreciando la ley que le impone el Juez principal. Convengo con el señor Salgado en que la apelacion no tiene en tal caso efecto suspensivo, no por la razon que indica, sino porque la enunciada sentencia de menor cantidad es absolutoria respecto del reo en la parte que no llena la suma de la sentencia principal, y entónces entra la regla decisiva de que las sentencias que absuelven no dexan acto alguno que suspender, y faltan los términos de la qüestion, procediendo la apelacion que se interpone de ellas libremente.

24 En los excesos de los executores tiene lugar el recurso de queja y nulidad con la diferencia de que este puede unirse con el de la apelacion, y tratarse al mismo tiempo de uno y otro ante el Juez superior; pero esto no sucede en el recurso de queja, porque se intenta derechamente en el tribunal superior, el qual no es competente para interponer la apelacion; debiendo hacerse ante el mismo Juez que dió la sentencia, á lo ménos para que suspenda esta execucion.

25 Uno y otro recurso se fundan en la nulidad del ex-

exceso, y son equivalentes en el progreso y en la decision, sin que en ellos se trate de la injusticia ó simple gravamen de la sentencia, quando van de por sí separadamente; pero si se acompaña el de nulidad con el de la apelacion, conoce el Juez superior de los dos agravios; esto es, del simple que consiste en la injusticia, y del calificado que causa el exceso por la nulidad que contiene.

26 Del tiempo en que debe introducirse la nulidad, de los Jueces que pueden conocer de ella, del modo y forma de proponerse como principal por sí sóla ó unida á la apelacion, y de los efectos que en estos respectivos casos producen los enunciados recursos, así en quanto á la suspension de la sentencia como en órden al fenecimiento de la causa, traté muy por menor en el capítulo primero de la segunda parte, adonde podrá recurrirse, sin que sea necesario repetir aquí las doctrinas, que con mucha reflexîon se expusiéron en él.

CAPÍTULO IV.

De la segunda suplicacion.

1 En los capítulos anteriores he tratado de los pleytos que mueren con la segunda sentencia del Consejo, de las Chancillerías y Audiencias, por ser el término que les pusiérôn nuestros mayores en las leyes á beneficio de la causa pública; pero como hay otros, que por las mismas leyes tienen mas larga vida, si usan oportunamente del remedio de la segunda suplicacion; conviene saber quales sean, y exâminar sus partes en sus principios, progresos y fines.

2 De ellas escribió un copioso tratado el señor Maldonado con el título de *Secunda supplicatione*; y tambien formó otro del mismo asunto Avendaño, aunque mas corto que el primero. Como estas *Instituciones prácticas* llevan por principal objeto desde sus principios facilitar la instruccion, sin repetir lo que de intento y con mayor

extension han escrito otros autores de buen juicio, reduciré este capítulo á las reglas de esta materia establecidas por las leyes, y observadas en los tribunales, omitiendo las prolixas qüestiones que excitáron los referidos autores, pues que estan ya decididas expresamente por las leyes y por el uso de los tribunales.

3 La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* permite que se pueda suplicar segunda vez "en los pleytos que fue»ren comenzados nuevamente en las nuestras Chancille»rías, ante los nuestros Oidores, y fenecidos por su se»gunda sentencia en revista, de la qual no puede aver »apelacion, ni suplicacion, conforme á la ley de Segovia."

4 Esta circunstancia, de que sea el pleyto comenzado por nueva demanda en las Chancillerías, es la esencial que abre la puerta al remedio de la segunda suplicacion, y sin ella no puede tener lugar este recurso.

5 En la primera parte de la ley se tiene por bastante que el pleyto empezado en la Chancillería ante los Oidores sea fenecido por su segunda sentencia en revista; y en la segunda se añade que la dicha segunda sentencia ha de ser dada por los Oidores juntamente con el Prelado que fuere Presidente. Esta diferencia podrá ocasionar duda á los que sigan la letra de la citada ley, acerca de si la sentencia de revista, que dieren los Oidores sin el Presidente, admitirá la segunda suplicacion.

6 La *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 2. ocurre á esta dificultad, pues dispone y manda que en las revistas de los pleytos de cien mil maravedis arriba, que se comenzaren por nueva demanda en las Audiencias por caso de Corte, se halle presente el Presidente. Y como en los pleytos, de que habla la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4, han de concurrir las dos precisas circunstancias de ser empezados nuevamente en las Chancillerías, y exceder de los cien mil maravedis, supone que la sentencia de revista ha de ser dada por los Oidores con asistencia del Prelado que fuere Presidente, sin que estime necesario hacer esta explicacion en la parte dispositiva, aunque la hace en la enunciativa.

Pe-

7 Pero aunque esta es la regla general para las sentencias de revista en los pleytos que refiere la ley, no es circunstancia, cuya falta impediria el uso de la segunda suplicacion, concurriendo las demas que requieren las leyes.

8 Como en la *ley* 1. ya citada se habla solamente de los pleytos comenzados en las Chancillerías, pudiéron tomar ocasion los autores para dudar si tendria lugar la segunda suplicacion en los comenzados en el Consejo y en las Audiencias; pero la *ley* 7. *del propio tit.* 20. *lib.* 4. disipó estas qüestiones mandando que tenga lugar la segunda suplicacion en los pleytos, que se comienzan en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda.

9 Las enunciadas dos *leyes* 1. *y* 7, en quanto permiten empezar los pleytos por nueva demanda en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, se oponen á las que con mayor recomendacion y beneficio de la causa pública ordenan y mandan que se empiecen los pleytos ante los Jueces ordinarios del fuero de los reos demandados, sin que puedan sacarlos á litigar fuera de él por el grande interes que logran en defender y probar sus excepciones y derechos dentro de su casa, ó en el lugar donde han administrado, ó poseen sus propios bienes, ó en los tribunales á que se han sujetado por sus convenciones; y si han de tener lugar estas leyes en todos los pleytos, conforme á las reglas generales que prescriben, quedarán sin efecto las que permiten empezar los pleytos por nueva demanda en los tribunales superiores, ó si tienen alguno será rasísimo, y traerá gran daño á la causa pública, faltando la utilidad y beneficio, que es el alma y fundamento de todas las leyes.

10 Estas observaciones hacen conocer que los pleytos solo pueden comenzarse en el Consejo, Chancillerías y Audiencias por un derecho privilegiado, que pueda excitar el interes público, conciliándose con el de la ley general indicada: tales son los de las viudas, huérfanos, pobres, impedidos, y los que por qualquiera otro título lle-

lleguen á ser personas miserables, y muevan con razon la equidad y conmiseracion de lõs Reyes, y de los tribunales que inmediatamente los representan, y juzgan á su nombre.

11 El grande Constantino manifestó su piedad y conmiseracion á favor de estas personas en la *ley* 2. *de Officio judicum omnium*, en el Código Teodosiano, que por ser el orígen de los privilegios, de que se va á tratar, y de donde se han trasladado sus palabras á otras leyes, conviene copiarlas para que se perciba con mejores luces su propia y verdadera inteligencia. *Si contra pupillos*, dice la ley, *vel viduas, vel diuturno morbo fatigatos, et debiles impetratum fuerit lenitatis nostræ judicium, memorati à nullo nostrorum judicum compellantur comitatui nostro sui copiam facere: Quinimo intra provinciam, in qua litigator, et testes, vel instrumenta sunt, experiantur jurgandi fortunam: atque omnis cautela servetur, ne terminos provinciarum suarum cogantur excedere. Quod si pupilli, vel viduæ, aliique fortunæ injuria miserabiles, judicium nostræ serenitatis oraverint, præsertim cum alicujus potentiam perhorrescunt, cogantur eorum adversarii examini nostro sui copiam facere.* Esta ley se trasladó en todo su tenor á la primera del Código de Justiniano en el título: *Quando Imperator inter pupillos.*

12 La *ley* 4. *tit.* 3. *Part.* 3. establece la regla de que el demandado no debe responder en juicio ante otro Alcalde, "si non ante aquel, que es puesto para judgar la »tierra, dó el mora cotidianamente"; y en la *ley* 5. *siguiente* se pone entre otras limitaciones el pleyto, "que »demandase huérfano, ó ome pobre, ó muy cuitado con»tra algun poderoso, de que non podiese tan bien alcan»zar derecho por el fuero de la tierra. Cá sobre qualquier »de estas razones tenudo es el demandado de responder »ante el Rey, do quier que lo emplazaren."

13 La *ley* 41. *tit.* 18. *Part.* 3. está mas expresiva en las dos partes acerca del privilegio que concede á los huérfanos, viudas, y á los hombres muy viejos ó cuitados de gran-

grandes enfermedades ó de muy gran pobreza, y á qualquier otra persona semejante, "de quien ome deviere ha»cer merced, ó piedad, por razon de la mezquindad, ó »miseria en que vive."

14 La *ley* 18. *tit.* 23. *de la misma Part.* 3. hace supuesto de que los que se agravian, y se alzan de unos Jueces, deben hacerlo á otro, que sea mayoral, "subiendo »de grado en grado todavia del menor al mayor, non de»xando ninguno entremedias:" y en la *ley* 20. *siguiente* exceptúa de esta regla á las viudas, á los huérfanos y á las demas personas miserables, permitiéndolas que puedan apelar derechamente al Rey.

15 Las *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. *de la Recop.* hacen supuesto de los casos de Corte, en que el actor puede venir al Consejo, ó á qualquiera de las Audiencias por su persona ó por su procurador, y señalan las diligencias prévias que deben hacer para que se les libre carta de emplazamiento; y la *ley* 8. *tit.* 3. *lib.* 4. prohibe "que »ninguno de los vecinos de las nuestras Ciudades, Villas, »y Lugares puedan ser emplazados para ante los nuestros »Alcaldes de Corte, y Chancillería fuera de las cinco le»guas en las causas civiles, sin que primeramente sean de»mandados ante los Alcaldes de su fuero, y oidos, y ven»cidos por derecho." Y al fin de esta ley exceptúa de la regla antecedente los pleytos de viudas, huérfanos y personas miserables, poniéndolos entre los casos que se deben librar en la Corte y Chancillerías.

16 La *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. hace un recuerdo general de los pleytos, que por casos de Corte se han de ver en primera instancia, por via de proceso ordinario formado entre partes, y desciende á declarar y mandar que sea el conocimiento y determinacion en las Chancillerías; relevando al Consejo de que entienda en ellos, "porque los »del nuestro Consejo que con Nos andan, no estan así de »reposo, y han de entender en otras muchas cosas, cum»plideras al nuestro servicio, y á la buena gobernacion »de nuestros Reynos." Esta es la razon que indica la ley,

y

y continua diciendo: "salvo si Nos por especial comision »nuestra dada, ó fecha por Carta, ó Cédula firmada de »nuestros nombres, otra cosa mandáremos." Y en la *ley* 21. *del propio tit.* 5. *lib.* 2. prohibe á las Audiencias y Chancillerías, que conozcan en primera instancia de los pleytos civiles, que se mueven contra algun vecino de la Ciudad, donde estuvieren, ó en las cinco leguas en contorno, "mas que el actor siga el fuero del reo ante su »Juez ordinario, ó ante los Alcaldes de las nuestras Chan»cillerías;" y continúa con la limitacion siguiente: "sal»vo si la causa fuere de caso de Corte."

17 De las leyes referidas se saca por resúmen que los pupilos (en cuya clase se cuentan para este efecto los menores de veinte y cinco años que se gobiernan por ageno arbitrio, las viudas y todas las demas personas miserables) gozan de dos privilegios: por el uno no pueden ser obligados á litigar fuera de su domicilio, aunque se intente en los casos de Corte por los que tengan este privilegio: porque no pueden usar de él contra los que le tienen igual, añadiéndose que el que gozan los unos, para no ser extraidos de su fuero, es negativo y prohibitivo, que influye con mayor eficacia que el positivo, segun la doctrina del señor Salgado *de Regia part.* 2. *cap.* 7. *desde el n.* 4, con otros muchos que refiere.

18 El segundo privilegio consiste en que las mismas personas miserables, y las que por qualquiera otro título son acreedores á la equidad y conmiseracion, ya sean actores ó ya demandados, pueden traer en primera instancia sus pleytos al Consejo, Chancillerías ó Audiencias. La razon se expresa en las mismas leyes citadas, y se reduce á que estan expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas, que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente quando se compensa el mayor gasto, que hagan en estos tribunales, con

la

la seguridad en la administracion de su justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública, que hace cesar el de la regla general y comun; pero no basta para su dispensacion en estos privilegios qualquier daño ó perjuicio de las personas miserables; pues debe exceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedis, segun la *ley* 11. *tit.* 3. *lib.* 4.

19 Con mayor extension tratáron de esta materia el señor Covarrubias en los *cap.* 6. *y* 7. *de sus Prácticas*, y Carleval *de Judiciis tit.* 1. *disputat.* 2. *section.* 7; mas no hallo tocada una duda que se ofrece en las citadas leyes, y se ha excitado muchas veces en el Consejo por algunos Ministros de integridad y sabiduría; reducida á si los casos de Corte estan privativamente reservados á las Chancillerías y Audiencias, ó si pueden introducirse tambien en el Consejo.

20 Fundaban esta duda los enunciados Ministros en la *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2, que en la parte dispositiva ordena y manda que en todos los pleytos, que son sobre casos de Corte por primera instancia, que se han de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes, sean el conocimiento y determinacion privativos de las Chancillerías. Continúa la ley con una limitacion que confirma la regla general antecedente: "Salvo si Nos por especial comision nuestra dada, ó fecha »por Carta, ó Cédula firmada de nuestros nombres, otra »cosa mandaremos." En el principio de la ley se establece el fundamento de esta disposicion de la manera siguiente: "Porque los pleytos se pueden mejor exâminar, »y de ellos conocer en las nuestras Chancillerías que no »en el nuestro Consejo, porque los del nuestro Consejo »que con Nos andan, no estan así de reposo, y han de »entender en otras muchas cosas cumplideras al nuestro »servicio, y á la buena governacion de nuestros Reynos."

21 Sin embargo de lo dispuesto en esta ley se admitiéron en el Consejo los casos de Corte introducidos por las personas que moraban en ella, y no dudó este su-

premo tribunal de sus facultades para recibir y determinar los pleytos, que por este medio privilegiado viniesen á él en primera instancia.

22 Teniase presente que la citada *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2. fué promulgada por los señores Reyes catolicos en las ordenanzas de Medina año de 1489; y que la *ley* 1. *tit.* 2. *lib.* 4. se estableció por los mismos señores Reyes católicos en las ordenanzas de Madrid á 4. de Diciembre de 1502, resultando ser esta ley posterior mas de trece años; y suponiéndose en ella que el actor puede venir al Consejo ó á qualquiera de las Audiencias á mover pleyto, y poner su caso de Corte, ya lo haga por su propia persona ó ya por medio de su procurador, (pues de este caso tambien trata la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.*) se consideró autorizado y reintegrado el Consejo en la facultad de oir por caso de Corte los pleytos, que viniesen á el en primera instancia; y que la citada *ley* 11. *tit.* 5. *lib.* 2, que es anterior, quedaba derogada por un principio comun que no exîge para este fin que las leyes nuevas, siendo contrarias á las antiguas, hagan memoria de éstas, por tenerlas el Principe presentes, y entenderse que quiso alterarlas por un hecho que explica mas su voluntad que las mismas palabras, quando no es compatible con el anterior.

23 La causa, en que se fundó la disposicion de la citada *ley* 11, fué que los del Consejo, como que siempre andaban con el Rey, no podian tener reposo, de donde se deducia que los pleytos, que por caso de Corte se introducian en primera instancia, se podian exâminar mejor, y conocer de ellos en las Chancillerías, pues se habian de ver ordinariamente por via de proceso ordinario formado entre partes; pero ésta ha cesado tambien desde que se fixó el Consejo en la corte con el Rey; y por el principio comun de que cesando la causa cesa el efecto, queda sin él lo dispuesto en la enunciada *ley* 11.

24 Los recursos de casos de Corte son los que mas inmediatamente tocan al Rey, y se deben determinar por su

su persona, ó por los que juzgan quotidianamente en la corte con su inmediata representacion; y estos son los Ministros del Consejo Real.

25 Las dos proposiciones antecedentes se demuestran por el literal contexto de las mismas leyes Reales, señaladamente por la 19. *tit.* 23. *Part.* 3: por la 1. *y* 2. *tit.* 2.: por las 22. *y* 59. *tit.* 4: 40. y 81. *tit.* 5. *lib.* 2; y por la 8. *tit.* 5. *lib.* 1. *de la Recop.*; pues en todas las leyes referidas se halla distinguida la autoridad y prerogativa del Consejo para conocer de las causas mas árduas y graves, quando entendiese que esto conviene al mejor servicio de S. M.; y quando algunas se mandan remitir á las Chancillerías ó Audiencias para su mas breve expedicion, como sucede muchas veces, segun y en los casos que refieren las leyes Reales, no se presume que el Consejo queda inhibido de conocer de los mismos pleytos, quando atendidas las circunstancias de las personas y del tiempo faltan las causas en que se motiváron las enunciadas leyes, y pueden determinarse los negocios en este tribunal con mayor expedicion y seguridad, y á ménos costa de los litigantes.

26 Como no están limitados los casos de Corte á los que se han referido, lo dispuesto en estos tendrá lugar, y se observará en los demas que empiecen por primera instancia en el Consejo, Chancillerías y Audiencias.

27 Los autores, que han tratado de intento de la segunda suplicacion, se afanan por descubrir la causa de que se haya limitado á los pleytos que empiecen en los referidos tribunales superiores, y no hallan otro motivo de esta disposicion que el de precaver se incurra en que se provoque tercera vez contraviniendo á lo que en este punto se dispone y prohibe por las leyes: *Ne liceat tertio provocare.* Así lo explican Avendaño *en su tratado de Secunda supplicatione n.* 11. *vers. Et ex mente*, y en el *vers. Ratio autem*; y Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *n.* 5.

28 Esta exposicion me parece sin embargo bastante

arbitraria, porque ni hay ley en que la funden, ni los pleytos, que se empiezan en los tribunales inferiores, llevan la condicion de caer en el inconveniente de provocar tercera vez de las sentencias, pues rara vez son conformes las tres primeras; y así en el caso de la prohibicion y en los demas faltaria la razon indicada, y deberia correr el auxilio de la segunda suplicacion, supuesto que los enunciados pleytos se acaban necesariamente con la sentencia de revista, aunque sea contraria á las dos anteriores. Por estas consideraciones me parece que deben buscarse otras que comprehendan la razon general en que pudo fundarse el legislador, y ninguna hallo mas inmediata á su intencion que la naturaleza de la gracia y remedio de la segunda suplicacion, que siendo en su orígen tan extraordinario, quiso restringirle en este punto á las causas que empezasen en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, concurriendo con esta circunstancia la de que los pleytos, en que es dada sentencia de revista, "sean "muy grandes, ó de cosa muy árdua", como se explica la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4.

29 Esta indefinida y general expresion, de que los tales pleytos fuesen muy grandes ó de cosa árdua, dexaba en confusion á los Jueces que debian admitir la segunda suplicacion, y se veian muchas veces en contradiccion para determinar la cantidad suficiente á recibir el grado de segunda suplicacion; y para remover estos inconvenientes, que procedian del arbitrio de los Jueces, y se habian experimentado en el largo tiempo de ciento y doce años, que corriéron desde el establecimiento de la citada ley de Segovia publicada por el señor Rey Don Juan el I. año de 1390, declaráron los señores Reyes católicos en el de 1502, por la *ley* 7. *del propio tit.* 20. *lib.* 4, que la cantidad y estimacion del pleyto debia ser como las mil y quinientas doblas de cabeza, de que habla la dicha *ley* 1.

30 Si el fin de reducir la suplicacion á las causas del valor y cantidad referida no pudo ser otro que no ha-

hacer comun este recurso extraordinario, el mismo objeto debe considerarse en la primera restriccion de los pleytos, que empezasen de nuevo en el Consejo, Chancillerías y Audiencias, sin descender á la causa particular que indican los referidos autores: *Ne liceat tertio provocare.* Tan constante ha sido el ánimo de todos los legisladores en estrechar los límites de este recurso que extendiéron las mil y quinientas doblas de valor de los pleytos, de que habla la citada *ley* 7, al número de tres mil para que tuviese lugar en los pleytos sobre posesion, como se declaró en la *ley* 8, y se amplió en la 9. á las mismas tres mil doblas para las causas de propiedad, y á seis mil para las de posesion; y aun en las de esta última clase no se comprehenden los pleytos de tenuta sobre bienes de mayorazgo, de que trata la ley de Toro, que es la 8. *tit.* 7. *lib.* 5, sin embargo de que las sentencias, que se dan en estos juicios de tenuta, no limitan su efecto á la tenencia de los bienes, segun disponia la *ley* 9. *del prop. tit.* 5, sino que se amplia á la posesion, remitiéndose solamente en quanto á la propiedad á las Chancillerías y Audiencias, como se dispone en la *ley* 10. *del prop. tit. y lib.*, concluyéndose en ella, "que »sobre lo así sentenciado no aya, ni pueda aver otro »pleyto, y juicio de posesion."

31 Esta última cláusula daba motivo á dudar si en la exclusion que enuncia, comprehendia tambien la segunda suplicacion; y para remover toda disputa se declaró expresamente en la *ley* 14. *tit.* 20. *lib.* 4. que en las sentencias, que dieren los del Consejo en los pleytos y negocios sobre la posesion de los bienes de mayorazgo, no haya, ni pueda haber lugar la segunda suplicacion, aunque las sentencias de vista y revista que dieren no sean conformes.

32 En la *ley* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. se ordenan, y mandan guardar dos cosas muy singulares: la primera es que los pleytos sobre la tenuta y posesion de los bienes de mayorazgo se acaben con la sola sentencia de vista, y que no

no haya, ni pueda haber suplicacion ni otro remedio, ni recurso alguno, y que se remita el pleyto luego con la dicha sentencia en propiedad á las Audiencias, adonde las partes sigan su justicia. ¿Qué razon podrá descubrirse en estas disposiciones sino la general que se ha indicado de reducir la segunda suplicacion al menor número de pleytos que sea posible, para evitar la dilacion y el daño que de ella resulta á la causa pública y á las partes, que empeñan todos sus oficios en las causas de mayor gravedad?

33 Con el mismo respecto se ordenáron las demas precauciones, que disponen las leyes acerca de la segunda suplicacion, en su principio, en su progreso, y en que se dé la sentencia por el mismo proceso, sin admitir nuevas alegaciones ni escrituras, excluyendo al mismo tiempo la restitucion *in integrum*, y qualquiera otro remedio, de que trata la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4.

34 Reuniendo todo lo que disponen las leyes acerca de la segunda suplicacion, observo algunas cosas muy singulares, que no pueden deducirse de las mismas leyes, y estan declaradas por la práctica del Consejo y por otras Reales resoluciones posteriores.

35 La *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. ordena y manda que la parte, que se sintiere agraviada de la segunda sentencia dada en revista, pueda suplicar para ante la Real persona dentro de veinte dias. Este término de los veinte dias empieza á correr y contarse desde la notificacion de la segunda sentencia; y en esto van conformes los autores por el principio general, que se ha indicado y fundado en quanto á las apelaciones y súplicas; pero discordáron en quanto á si bastaba que se notificase al procurador de la causa, ó si era necesario hacerla saber á la misma parte que litigaba, quando esta no hubiese otorgado poder especial á su procurador con expresion de la causa y de la sentencia. De esto trató Maldonado, *tit.* 5. *qüest.* 1. *y* 2, fundando con graves autoridades su opinion, reducida á que no empezaban á correr los veinte dias, aun-

aunque se hiciese saber la sentencia al procurador, sino se daba noticia de todo su contexto á la parte principal, y ésta fué la que admitió y observo el Consejo en todos los casos que ocurriéron, habiendo yo presenciado algunos.

36 Considerando el Consejo con toda la reflexîon que acostumbra los graves inconvenientes que resultaban de esta práctica, y que habia manifestado la experiencia, trató de removerlos excitado del zelo del beneficio público; y en cumplimiento de la Real órden, que en 13. de Enero de 1769. le comunico el señor Don Manuel de Roda, Secretario de Estado y del Despacho universal de Gracia y Justicia, consulto el Consejo pleno á S. M. lo que estimó conveniente; y conformándose el Rey con su parecer, estableció y mando por punto general que el término de los veinte dias, que la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. *de la Recop.* señala para suplicar segunda vez, ha de correr desde el dia de la notificacion hecha al procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso; y de esta Real resolucion se formó la *ley* 16. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4.

37 En la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* se manda que los Jueces vean y determinen las causas en que hay segunda suplicacion "de los mismos autos del proceso, sin res»cibir escrito, ni peticion, y sin dar lugar á otras nue»vas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilacio»nes, ni pedimentos, por via de restitucion, ni en otra »manera alguna."

38 De esta ley resultó otra nueva controversia entre los autores; pues unos con arreglo á la letra de la ley no admitian instrumento alguno, aunque jurase y probase la parte que habia llegado nuevamente á su noticia; y otros internándose en el espíritu de ella opinaban que en tales circunstancias debian admitirse los instrumentos, si en ellos se manifestaba el derecho y justicia de la parte. De esta opinion fué Maldonado por los fundamentos y casos prácticos que refiere en el *tit.* 6. *qüest.*

qüest. 5; y con efecto he visto muchas veces admitir los enunciados instrumentos en el Consejo, precediendo un conocimiento y juicio instructivo de las dos calidades indicadas; esto es, que llegasen nuevamente á noticia de la parte, y no pudiera haberla tenido ántes sin embargo de sus exâctas diligencias, y que en los mismos instrumentos se descubriese el buen derecho y justicia de la que los presenta.

39 La repetida observancia del Consejo ha explicado este artículo, y removido toda disputa acerca de admitir los nuevos instrumentos; pero siempre la hay muy empeñada entre las partes sobre la exîstencia y prueba de las dos calidades indicadas. Y como he visto muchas veces que se detienen algunos Ministros del Consejo en admitir instrumentos, aun para exâminar sus calidades y circunstancias, quando se presentan derechamente en este tribunal, toman las partes el medio de presentarlos á S. M., suplicando reverentemente se sirva mandarlos remitir al Consejo, para que teniéndolos presentes como parte de los autos, los determinen en justicia. Y S. M. los manda pasar para que el Consejo haga de ellos el uso que tenga por conveniente; y entónces procede á exâminar sus circunstancias, y á declarar si ha lugar ó no su admision.

40 Tambien he visto en otros casos presentarse instrumentos en los pleytos de segunda suplicacion que pendian en el Consejo, y haberlos remitido á las Chancillerías y Audiencias, en donde se habian dado las sentencias de vista y revista, para que oyendo á las partes instructivamente sobre la calidad de los mismos instrumentos, remitiesen despues el expediente original al Consejo para hacer de ellos el uso conveniente.

41 Esta práctica lleva dos fines: uno no embarazarse tanto el Consejo con estos incidentes que las mas veces causan grandes dilaciones; y otro facilitar su defensa á las demas partes que litigan, considerando que podrán hacerla mejor y sin tanto gasto en las Chancille-

llerías ó Audiencias; y esto sucede mas propiamente quando se redarguyen de falsos los instrumentos presentados en el Consejo, ó se ofrecen presentar otros que destruyan ó debiliten la fuerza de los primeros.

42 La citada *ley* 2. dispone que en las causas de la suplicacion de las mil y quinientas doblas, así en posesion como en propiedad, se suplique para ante S. M., como lo dispone la *ley de Segovia, que es la* 1. *del prop. tit. y lib.*; pero como en ésta se señalen únicamente veinte dias para interponer la súplica, y no se hable del término que debe tener la parte que suplica para presentarse ante S. M., se aprovechaban los litigantes de esta omision de las leyes, dilatando el curso y determinacion de estas causas, que son las mas importantes y recomendadas en su brevedad; y para ocurrir á estos daños se declaró en la *ley* 4. *siguiente* que la parte que suplicare sea obligada á presentarse en el dicho grado ante la Real persona dentro de quarenta dias, los quales corran y se cuenten desde el dia que suplicó sopena de desercion. Esta ley, que por ser general, comprehendió todas las Chancillerías y Audiencias en quanto al término de los quarenta dias, se amplió á noventa para los grados que se interpusieren de las Audiencias de Canarias y Mallorca, segun se declaró al fin de la citada *ley* 16. *tit.* 20. *lib.* 4.

43 Así los quarenta dias como los noventa no empiezan á correr desde el dia en que se suplicó, como dice la letra de la citada *ley* 4, sino desde que fuere entregado á la parte testimonio íntegro y expresivo de la sentencia de revista, de la súplica que interpuso de ella la parte, de haber dado las fianzas de las mil y quinientas doblas que previene la ley, y de haberle sido admitida en su consequencia la súplica para ante S. M. Este es el punto y término en que se completa y perfecciona la súplica, y hasta entónces está incoada; y por esta consideracion y respecto puede muy bien salvarse la ley en lo literal, de que empiece á correr el término de los quarenta dias desde que la parte suplicó; pues ni estaba ántes en su mano pre-

sentarse al Rey sin aquel documento, ni le debia correr el término señalado.

44 Esta es la explicacion que con mayor extension hace Maldonado sobre este artículo en la *qüest.* 1. *tit.* 6, y al mismo intento conducen las leyes y autoridades producidas en los capítulos doce de la primera parte, y primero de la segunda, tratando de los dos términos señalados para interponer la apelacion, y para mejorarla.

45 Los Jueces, que deben conocer de las causas, forman una parte muy esencial de los juicios; y en los de la segunda suplicacion no estaban en su orígen señalados por ley, sino que su jurisdiccion y facultad era delegada por comision particular de S. M. en cada causa de las que venian por este grado á su Real persona. Así se explica la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4. en tres repetidas cláusulas: la primera dice: "Si por aquel, ó aquellos, á quien Nos lo encomen»dáremos, fuere hallado que la dicha segunda sentencia »de los dichos nuestros Oidores fué bien, y derechamente »dada:" la segunda: "Y si hallaren la dicha sentencia ser »bien, y justamente dada, y fuere confirmada por aquel, »ó aquellos, á quien Nos lo encomendáremos;" y la tercera al fin de la misma ley: "Fasta que sea dada la ter»cera sentencia confirmatoria por aquel, ó aquellos á »quien Nos lo encomendaremos."

46 El epígrafe de la *ley* 2. *del prop. tit. y lib.* sigue el mismo estilo en sus expresiones, pues dice: "Que la se»gunda suplicacion se haga ante la persona Real, y por »las personas, á quien fuere cometida la causa, se deter»mine por el proceso."

47 Lo mismo se dispone en la letra de la citada *ley* 2, repitiendo dos veces la comision que da S. M. á los Jueces, que han de conocer de las causas de segunda suplicacion: en la primera dice: "Que las causas, »que en este grado de suplicacion con la fianza de las »mil y quinientas doblas, fueren por Nos cometidas;" y en la segunda: "Que los Jueces, á quien las cometié»remos, las vean, y determinen de los mismos autos del »pro-

»proceso." Del mismo modo se explica la *ley* 3. *siguiente.*

48 El número de estos Jueces comisionados, para ver y determinar las causas de segunda suplicacion, era reducido al de cinco, como se explica la citada *ley* 2. en la cláusula final que dice: "Y mandamos que, porque los »dichos pleytos se puedan ver mas brevemente, que, »quando á los del nuestro Consejo se cometieren, cin»co dellos puedan ver, y determinar cada una de las di»chas causas."

49 La copulativa de que usa esta ley, de que los cinco Jueces puedan ver y determinar cada una de las dichas causas, dió fundado motivo para dudar si vistas por los cinco, faltando alguno de ellos ántes de la sentencia, podrian los quatro determinarla; y para quitar esta duda se declaró en la *ley* 12. *del prop. tit.* 20. *lib.* 4: "Que en los pleytos vistos en el dicho grado de segunda »suplicacion, y en los que se vieren de aquí adelante, »que, aunque muera alguno de los del nuestro Consejo, »que lo ovieren visto, quedando quatro, que lo hayan »visto, lo determinen sin embargo de lo contenido en la »ley segunda de este título."

50 Ya se conciba como declaracion ó como revocacion de lo dispuesto en dicha *ley* 2, quedó establecido el número preciso de cinco Jueces para ver las causas de segunda suplicacion, y el de quatro para determinarlas. Las dos partes de la regla antecedente se confirman por el *auto acordado* 2. *tit.* 20. *lib.* 4, en el qual se dice: "Quando se comienza á ver algun pleyto de Mil y qui»nientas por cinco del Consejo, si falta alguno de los »Jueces por muerte, ó promocion, en tal caso se nom»bre otro para que se acabe de ver por cinco Jueces."

51 El *auto acordado* 1. *del propio tit. y lib.* habla del caso, en que vistos los autos por los cinco Jueces, fuere dado alguno de ellos por excusado, y dispone: "Que »los quatro que quedaren, puedan determinarlos;" de manera que lo dispuesto en la citada *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* para el caso de la muerte de alguno de los cinco Jue-

ces, despues de haber visto toda la causa, se entendiese para quando fuese alguno excusado, y despues de haber visto el pleyto; y en la *ley* 62. *cap.* 19. *tit.* 4. *lib.* 2. se repite: "Que quando se ayan de ver los dichos negocios »de Mil y quinientas no ha de ser con ménos que cinco »Jueces, como está ordenado."

52 Esta legislacion antigua que se ha referido, y consta por las fechas de las leyes y autos acordados que van citados, recibió notable variacion por las Reales resoluciones posteriores que se expresarán. En el *auto acordado* 108. *tit.* 4. *lib.* 2. *de* 8. *de Enero de* 1745. se mandó entre otras cosas: "Que los pleytos de Tenuta, segun»da suplicacion y reversion á la Corona, se vean con los »trece señores Ministros de las tres Salas de Justicia, ó »los que de ellos pudieren ser Jueces, como se ha prac»ticado, y está prevenido en el *cap.* 22. *de la ley* 62. »*de este tit.* en la Vista de los pleytos de Tenuta, que »se ven con las referidas tres Salas; pero en difinitiva, »ó Artículos que tengan fuerza de ella, no se han de ver »por ménos que nueve."

53 Aunque en el citado *cap.* 22. *de la ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2. se dice que los pleytos de tenuta se vean por todos los once Ministros de las tres Salas de Justicia; y en el *auto* 108. que así estos como los de segunda suplicacion y reversion á la Corona se vean por los trece de las mismas tres Salas; esta diferencia procede de que componiéndose ántes cada Sala de tres Ministros, y la de Mil y quinientas de cinco segun la antigua planta del Consejo, de que habla la citada *ley* 62. señaladamente *en el cap.* 19, siendo entónces diez y seis los Ministros del Consejo, se aumentó este número al de veinte por el *aut. acord.* 50. *tit.* 4. *lib.* 2. y al de veinte y dos por lo dispuesto en el *aut.* 71. *del prop. tit. y lib.*, de los quales destinaron quatro á la Sala de Justicia, otros quatro á la de Provincia, y cinco á la de Mil y quinientas, componiendo los trece, de que hace mérito el citado *aut. de* 8. *de Enero de* 1745.

54 De las enunciadas nuevas disposiciones se viene

á

á sacar por conclusion que los pleytos de segunda suplicacion se han considerado en todos tiempos de mayor gravedad, encargando su conocimiento y determinacion á la Sala de Mil y quinientas; y con este objeto ha sido su dotacion de cinco Ministros, quando las otras Salas de Justicia se componian de tres, y de quatro despues del aumento. Y para la mayor seguridad y acierto en la vista y determinacion de estos pleytos, se acordó concurriesen las tres Salas de Justicia, y que el número de los Ministros que hubiesen de asistir á la vista para difinitiva y artículos, que tengan fuerza de ella, no sea ménos que el de nueve.

55 Por Real decreto de 12. de Julio de 1747. se sirvió S. M. decir: "Que atendiendo á evitar el perjui-»cio, que resultaba de la dilacion en determinar algunos »pleytos, que estaban vistos en el Consejo, y no se habian »podido votar por indisposicion, enfermedad ú otro acci-»dente de alguno de los Ministros, que concurriéron á su »vista, y no poderlo hacer por escrito, habia resuelto que »el Consejo en estos casos observase lo prevenido en las »leyes del Reyno, y lo ordenado por el Señor D. Felipe V, »en Real Cédula de 25. de Abril de 1736, en que es-»tableció lo que en iguales casos debia executarse en las »Chancillerías;" lo qual mandó se practicase en el Consejo.

56 La Real cédula, que se cita de 25 de Abril de 1736, es la que forma el *auto* 14. *tit.* 5. *lib.* 2, y lo ordenado para las Chancillerías en iguales casos se contiene en los *autos* 8. *y* 9. *del prop. tit. y lib.*

57 Con motivo del citado Real decreto de 12. de Julio de 1747, y de las referencias que hacia á otros anteriores, se ofreció al Consejo una duda que consultó con S. M. en 12. de Agosto del propio año; y consistia en que diciéndose generalmente en los referidos autos acordados que aunque faltasen algunos Ministros por muerte, indisposicion ó ausencia, que no pudiesen votar por escrito los pleytos que habian visto, pudieran hacerlo los que quedaban, siendo en número suficiente; como no

se

se declaraba qual seria suficiente para determinar los pleytos de segunda suplicacion, fué de dictámen el Consejo que podrian determinarlos cinco de los Ministros, aunque se hubiesen visto con los nueve. S. M. se sirvió conformarse con el parecer del Consejo; y publicada en el mismo esta Real resolucion en 6. de Setiembre del propio año de 1747, se acordó su cumplimiento. Por esta última disposicion quedó establecido por regla general que los pleytos de segunda suplicacion se hayan de ver precisamente con nueve Ministros á lo ménos de los trece, que componen las tres Salas, en las sentencias difinitivas, ó artículos que tengan fuerza de ellas; y que para votarlos sean suficientes cinco de dichos Ministros.

58 Esto es lo que completa la legislacion de los pleytos de segunda suplicacion, que vienen á S. M. por la via y método ordinario que establecen las mismas leyes Reales; pero como ocurren freqüentemente algunos casos en que las Chancillerías y Audiencias, que han dado sentencia de revista, estiman no haber lugar al grado de segunda suplicacion, que interpone la parte, y la deniegan en su conseqüencia el testimonio que solicita para presentarse á S. M., ya sea con pretexto de que la cantidad no llega á la señalada por las mismas leyes Reales, ó por no haber usado de este remedio en tiempo y forma ó por qualquier otro motivo; se excitáron en estos casos graves dudas sobre el medio que debia tomarse para remover estos impedimentos, y llevar á efecto la segunda suplicacion.

59 De esto se trató seriamente en el Consejo con motivo del recurso, que hizo á él la Marquesa de Escalonias Doña María Josepha de los Rios, quejándose de no haberla admitido la Chancillería de Granada la segunda suplicacion de la sentencia de revista, dada en los autos que seguia con D. Antonio Alexandro de los Rios sobre consignacion de alimentos y otras cosas. El Consejo mandó pasar este expediente al señor Fiscal, quien en respuesta de 12. de Noviembre de 1747. dixo: "Que el auto pro-
»veido por la Chancillería, denegando el recurso de se-
»gun-

»gunda suplicacion, era apelable al Consejo, y que se »podian mandar remitir á él los autos para la confirma»cion ó revocacion de este artículo prejudicial." Así se mandó en Sala Primera de Gobierno; y venidos, y oidas las partes, mereció este expediente tanta atencion que se trató de él en Consejo pleno, y se resolvió que pasasen dichos autos á Sala de Mil y quinientas, donde se entregasen á las partes para que substanciasen el artículo prejudicial que propuso el señor Fiscal, y no para otro fin. Así se executó; y por auto de 21. de Abril de 1747, dado por las tres Salas, se confirmó en todo el de la Chancillería, de que se habia apelado.

60 Tambien viniéron al Consejo con igual motivo otros autos de la Audiencia de Aragon entre Don Eugenio Martin Navarro y Don Juan Navarro, su hermano; y en su vista, y de lo que expusiéron las partes, por las mismas tres Salas se revocó el auto de la Audiencia, y se declaró haber lugar á la segunda suplicacion, mandando dar á la parte el testimonio correspondiente, con el qual acudió á S. M.; y expedida la Real cédula acostumbrada se vió el pleyto en lo principal por las mismas tres Salas, y se confirmáron las sentencias dadas por la Audiencia.

61 Estos exemplares, y los que en iguales casos se han referido, forman por sí solos una autoridad, que asegura la decision mas justificada en los casos de igual naturaleza y calidad que se ofrezcan; pues suponen que se han motivado sobre razones sólidas, comprehendidas en las leyes, ó deducidas de su espíritu, sin necesidad de indagarlas. Así lo entendió y explicó Castillo, con otros que refiere, en el *lib.* 5. *de sus Controversias cap.* 89. *núm.* 98. Habíase tratado de la regla, que establecen los legisladores, de que no se juzgue por exemplares, como se insinúa en la *ley* 13. *Cod. de Sententiis, et interlocutionibus omnium judicum*, y en la *Autentica de Judicibus, collat.* 6. *cap.* 13; y por limitacion de ella pone las decisiones y sentencias del Consejo y tribunales superiores, ibi: *Id tamen non procedit in sententiis supremi Consilii, et tribunalium superiorum, quæ*

quæ semper venerandæ sunt, et reverenter imitandæ in decissione causarum similium; comprobando esta limitacion con el *cap.* 19. *ext. de Sententia, et re judicata*, y con la *ley unica ff. de Officio Præfecti Prætorio*, ibi: *Credidit enim Princeps eos, qui ob singularem industriam, explorata eorum fide, et dignitate, ad hujus officii magnitudinem adhibentur, non aliter judicaturos esse pro sapientia, ac jure dignitatis suæ, quam ipse foret judicaturus.*

62 Si se quiere demostrar por otros medios la justicia de la enunciada resolucion del Consejo, se hará á poca reflexìon con las luces que presenta la insinuada respuesta del señor Fiscal, en la qual expone como causa principal de su dictámen que el incidente ó artículo, de que se trata, es perjudicial al recurso de segunda suplicacion.

63 Este es un presupuesto de hecho notorio; pues sin admitir la segunda suplicacion, y dar á la parte el testimonio correspondiente, no puede presentarse ante S. M., ni tratarse en el Consejo de la causa principal por medio de la segunda suplicacion; y siendo constante que los autos preparatorios forman una misma causa con la principal, y que el Juez de ésta lo debe ser tambien de aquella para remover qualquier embarazo de su jurisdiccion y conocimiento, segun comprueban Menochio *de Præsumptionibus lib. 6. præsumpt. 6*: Salgado *de Retent. p. 1. cap. 10. n. 84*: Carleval *de Judic. tit. 1. disp. 2. quæst. 4. n. 204*, y el señor Covarrubias *lib. 1. Var. cap. 4. n. 7. y 8*, fundados en la *ley 13. Cod. de Rei vindicatione*, sale por conseqüencia necesaria el conocimiento que corresponde al Consejo sobre el auto de las Chancillerías ó Audiencias, en que no admiten la segunda suplicacion, ni dan á la parte que la interpone el testimonio competente. De otro modo vendria á ponerse en arbitrio de las Chancillerías y Audiencias impedir la segunda suplicacion, y defraudar al Rey y al Consejo de la autoridad y conocimiento en las causas que por sus calidades puedan recibirla y admitirla, quedando consentido el agravio que

que hiciesen aquellos tribunales en la denegacion de dicho recurso.

64 La *ley* 2. *tit.* 18. *lib.* 4. confirma todas las proposiciones antecedentes: en su primera parte señala el término para presentarse con el testimonio de la apelacion al tribunal superior correspondiente; y en la segunda dice: "Y esos mismos plazos aya el apelante para se »querellar del Juez, sino le quisiere otorgar el alzada; »y si en este tiempo no la quisiere seguir, ó no se que»rellare, como dicho es, finque firme el juicio."

65 Las sentencias de revista en las causas que estan asistidas de las circunstancias, que requieren las leyes para la segunda suplicacion, no acaban el juicio, ni causan executoria; pues está pendiente su confirmacion ó revocacion del Consejo, que ha de exâminar su justicia, y declararla por su sentencia; y procede en los casos de segunda suplicacion todo lo dispuesto para las apelaciones por la citada *ley* 2: porque tienen un mismo efecto sin otra variacion que la accidental del nombre, por el mayor respeto que se debe á las Chancillerías y Audiencias.

66 La Real cédula, que se acostumbra expedir para conocer de los pleytos de segunda suplicacion, habla derechamente con el Gobernador y Ministros del Consejo: refiere los hechos y diligencias practicadas hasta la presentacion de la parte ante S. M., con la súplica de que se sirva mandar nombrar Jueces, que vean el pleyto en grado de segunda suplicacion; y el decreto de S. M. dice así: "Y confiado en vosotros que hareis jus»ticia á las partes, mi voluntad es de encomendáros y »cometeros este negocio, como por la presente os lo en»comiendo y cometo, y os mando veais el proceso de »dicho pleyto en grado de segunda suplicacion; y al te»nor y forma de la referida ley de Segovia, y declara»cion de ella, le libreis y determineis como en justicia »debais. Para lo que os doy poder cumplido en forma, »con todas sus incidencias y dependencias, anexîdades y

»conexîdades;" manifestándose por el tenor de esta Real cédula que se conserva la delegacion y comision para conocer de los pleytos de segunda suplicacion en la misma forma, que se estableció desde su orígen en las *leyes 1. y 2. tit. 20. lib. 4*, sin variacion alguna.

CAPÍTULO V.

Del recurso de injusticia notoria.

1 Los *autos acordados 6. 7. y 10. tit. 20. lib. 4.* explican con bastante claridad todas las partes de este recurso en su principio, progreso y fin; y aunque el Consejo con su constante práctica ha ilustrado las enunciadas disposiciones, no han alcanzado á contener algunas dudas que excitan las partes por interes propio, y apoyan los autores por la natural disension en sus opiniones.

2 Los principales dictámenes, que he visto proponer y disputar en el Consejo, así por via de defensa de las partes como en la decision de los pleytos, que por este medio vienen á él, se reducen á dos, de los quales trataré con toda la reflexion que conviene.

3 Los que introducen estos recursos intentan fundar que son de "simple injusticia", y no qualificados de "injusticia notoria", en la letra de los mismos *autos acordados*. El epígrafe del *aut. 6.* indica con cláusula indefinida ó general los recursos de los pleytos seguidos en las Chancillerías y Audiencias, que deben admitirse en Sala de Gobierno del Consejo, y no les dá el nombre de "in»justicia notoria", ni aun hace la menor enunciativa de esta exôrbitante calidad.

4 En la primera parte dispositiva del citado auto se declara que no puede ir á Sala de Gobierno recurso alguno de pleytos pendientes en las Chancillerías, cuya última determinacion por leyes de estos reynos toque privativamente á la Sala de Mil y quinientas; y con-

ti-

tinúa estableciendo por regla general que de los demas pleytos seguidos en las mismas Chancillerías y Audiencias se pueda recurrir á la Sala de Gobierno, sin imponer, ni referir por fundamento de estos recursos la calidad de "injusticia notoria" en las sentencias de las Chancillerías y Audiencias. Quando el enunciado auto trata del mérito, á que deben tener consideracion los señores del Consejo para hacer exìgir la pena de los cincuenta mil maravedis, que como preliminar se prescribe en él, y las demas que dexa al arbitrio de los mismos señores Jueces, hace segunda vez memoria del remedio de dicho recurso con el mismo estilo y expresion sencilla y general; y añade que caerán las partes en la enunciada pena, si no verificasen las causas y motivos que justifiquen el recurso. No expresa el auto referido quales deban ser estas causas, ni que la justificacion sea relativa á la injusticia notoria de las sentencias de las Chancillerías y Audiencias; y habiendo estado el legislador tan diligente y expresivo en distinguir y distribuir los pleytos, cuyos recursos debian admitirse en Sala de Mil y quinientas, y los que correspondian á la de Gobierno, y en señalar el depósito ó fianza que debia preceder para estos, y que incurrian en la pena, si no verificasen las causas y motivos que justificasen el recurso; no es de presumir omitiese la calidad de "injusticia notoria," si la estimase necesaria como causa y motivo para justificar el recurso, y no caer en la pena de los cincuenta mil maravedis, y en las arbitrarias que indica.

5 El espíritu de esta disposicion se descubre con mayor claridad en todas sus partes por la consulta, que precedió al citado auto de 17. de Febrero de 1700, que se halla en el archivo del Consejo, y he reconocido con la mayor atencion. Formó dicha consulta el Consejo en 8. del propio mes de Febrero, y en ella dice que experimentando el abuso repetido de los litigantes de las Chancillerías y Audiencias, valiéndose del recurso á él sin causa legítima que lo pueda justificar, convirtiendo este sa-

ludable y piadoso remedio de la regalía de S. M. en perjuicio grave de la causa pública y de los litigantes, parecia al Consejo ser de su precisa obligacion hacer esta representacion á S. M. para que se evitase el daño, y lograse el remedio. A este fin fué de parecer el Consejo que S. M. se sirviese mandar no se admitiesen en la Sala de Gobierno recursos de los pleytos, cuya determinacion por las leyes del reyno pertenece privativamente en segunda suplicacion á la Sala de Mil y quinientas; y que en los demas pleytos no se admita el recurso sin preceder el depósito de los cincuenta mil maravedis por la parte que lo intentare, conviniendo en lo demas con lo que se expresa en el citado auto. S. M. se conformó con el parecer del Consejo, y fué publicada esta Real resolucion en 17. del propio mes de Febrero.

6 De ella se percibe con evidencia que este recurso no tomó principio en la disposicion del auto acordado, pues ya venia de antiguo: que era general, y se usaba de él en todos los pleytos que se determinaban por sentencia de revista en las Chancillerías y Audiencias: que no se admitia con la calidad y presupuesto de probar la injusticia notoria de las sentencias, ni imponer multas, ni otras condenaciones á los que faltasen á este requisito. Y como la intencion del Consejo no fué hacer novedad en el mérito y justicia del recurso, como se manifiesta en su propia consulta, quedó en quanto á este fin del mismo modo que se usaba ántes.

7 El *auto* 7. refiere la disposicion del anterior de 17. de Febrero de 1700. acerca de los recursos de la determinacion de las Chancillerías y Audiencias "en todo gé»nero de negocios;" de manera que lo que se explicó en el citado *auto* 6. con palabras indefinidas y generales acerca de los pleytos, cuyos recursos debian venir á Sala de Gobierno, se adicionó con la cláusula universal, "en todo »genero de negocios," manifestando que esto mismo se hallaba contenido en el auto anterior: porque su fin no fué innovar en la calidad de los negocios ni en la de los recur-

cursos; reduciéndose el intento de esta nueva disposicion á poner mayores penas positivas á los que los introducian por malicia y fines particulares, que son las voces de que usó el Consejo en su consulta de 24. de Abril de 1703, con que pasó á la Real mano el auto que habia formado, para que mereciendo su aprobacion lo mandase executar, como lo resolvió S. M.

8 Los referidos dos autos se hallan en el título, en que principalmente se trata de la segunda suplicacion; y como las rúbricas ó prefacios dan una buena idea de lo que contienen sus disposiciones, y prueban á lo ménos por conjeturas y presunciones haber sido la voluntad del legislador en lo dispositivo, quando no está clara y expresa, la misma que indica en la rúbrica del título ó en el prefacio del auto, segun lo entienden con uniformidad Solorz. *de Jure Ind. lib.* 3. *cap.* 4. *n.* 23. y en el *lib.* 4. *de su Politic. cap.* 1. *vers. Lo qual*: Salgad. *de Reg. part.* 4. *cap.* 3. *n.* 14; y Menoch. *de Præsumpt. lib.* 6. *præsumpt.* 1. *y* 2, con otros que refieren; nace de aquí otro poderoso argumento de que así el grado de segunda suplicacion como los recursos de los demas pleytos, cuyo discernimiento se hace en los mencionados autos, son y deben ser de la misma calidad, y justificarse por los medios ordinarios, trabajando con reflexion profunda en descubrir la justicia, que es el fin de los Juzgadores. La segunda suplicacion así como los demas recursos, de que vamos tratando, se visten de la natural defensa de las partes; y como este fin es tan recomendable, conviene se auxîlie con el noble oficio y autoridad de los Jueces, supliendo por equidad lo que no se expresa en las leyes. ¿Qué razon pues podrá haber para aumentar calidades exôrbitantes, que sin expresarse en las leyes impiden la justicia del recurso y su conocimiento? ¿Y cómo podria tolerarse que descubriendo los Jueces á poca reflexion y trabajo el mejor derecho y justicia de la parte que recurrió al tribunal superior, no interpusiesen su autoridad para deshacer el agravio que sufrió en las sentencias de

de las Chancillerías y Audiencias, y que dexasen gozar injustamente á otros los bienes y derechos que con verdad la pertenecian?

9 El daño público, y aun el particular de los litigantes, estarian en la dilacion de los pleytos, motivada principalmente por la malicia de los que tienen interes en mantener los bienes que les diéron las sentencias de revista de las Chancillerías y Audiencias. A esto se ocurrió justamente con las providencias acordadas de que se vean los pleytos por los mismos autos del proceso sin nuevas alegaciones, probanzas, escrituras, ni otro remedio alguno; pero no se descubre objeto de interes público ni particular en que los Jueces no vean el proceso con íntima reflexion, para buscar y hallar la verdad, y asegurarse de ella por todos los medios posibles, procediendo en este caso á declararla con recta administracion de justicia.

10 Este pensamiento se justifica y demuestra por todas las disposiciones que hablan de la segunda suplicacion, y se comprehenden en el propio título, en que estan las que tratan de los recursos de injusticia; pues en la segunda suplicacion se manda que se vea y determine por los mismos autos del proceso, con las demas precauciones dirigidas á evitar toda dilacion en los pleytos, gastos á las partes, y á contener y castigar la malicia de los que usan de aquel remedio sin justa causa; y precavidos todos estos inconvenientes, no se impide á los Jueces que busquen la verdad por todos los medios de derecho para administrar con exâctitud la justicia. Por la presuncion indicada, que nace de la identidad del título, se debe juzgar lo mismo en uno y otro caso, sin que se descubra razon alguna de diferencia en los medios que conduzcan á la sentencia, quando no la hay en lo demas.

11 En algunos pleytos ponen límites las leyes al conocimiento y reflexion de los Jueces, quales son los posesorios sumarísimos, los plenarios, y los de tenuta respec-

pecto de los de propiedad, porque en estos se pueden enmendar los agravios de los juicios precedentes; pero quando se trata de acabar los pleytos, y de que perezca perpetuamente la justicia, esfuerzan las leyes toda su equidad para conceder los auxîlios posibles, á fin de evitar un daño tan sensible á las partes como opuesto al fin de la justicia, que es dar á cada uno lo que es suyo.

12 Estas consideraciones hacen relaxar muchas veces el rigor de las leyes que prohiben se admitan instrumentos despues de conclusa la causa; pues jurando la parte que los presenta haber llegado nuevamente á su noticia, y que no pudo tenerla ántes sin embargo de haberla solicitado por los medios posibles, se admiten las escrituras, facilitando este beneficio en los pleytos que se han de acabar con la última sentencia: Covarr. *Practic. c.* 20. *n.* 8 : Maldon. *de Secund. supplicat. tit.* 6. *q.* 5. *núm.* 10. Y no quedando otro auxîlio á la parte que recurre al Consejo, debe ser mas poderoso el influxo de la equidad para obligar á los Jueces á que busquen y descubran la verdad, y administren con rectitud la justicia.

13 ¿Quántas veces logra una parte la sentencia de vista favorable, y aun confirmando la del Juez ordinario, y la es contraria la de revista que motiva el recurso? En este caso pues seria mayor el rigor de que no la bastase probar su justicia por el mismo proceso, y que se la obligase á calificarla de notoria.

14 El *auto* 10. *tit.* 2. *lib.* 3, que es de 3 de Abril de 1711, estableció el gobierno interino en el reyno de Aragon, y como parte muy principal de él mandó que hubiese una Audiencia con dos Salas, la una para lo civil con quatro Ministros, y la otra con cinco para lo criminal; y continúa haciendo otras declaraciones, siendo una de ellas la siguiente: "Que los recursos, y apela»ciones en tercera instancia de las causas, así civiles co»mo criminales, que se determinaren por las referidas Sa»las, se han de admitir para el Consejo de Castilla, á »donde mandaré, que de los Ministros de él se junten

»en

»en una de sus Salas los que estuvieren mas instruidos »en las leyes municipales de este Reyno, para determinar »en esta tercera instancia los referidos pleytos." En esta disposicion se ven unidos los recursos y apelaciones que deben ir en tercera instancia al Consejo; y bastando en estas que se descubra por qualquiera medio la justicia de la parte que apela, para que obtenga sentencia favorable, reformando la de revista de la Audiencia, lo mismo debe suceder en los recursos: porque la disposicion, que mira como igual objeto dos partes, las determina con igualdad en la substancia y en el modo: Salgad. *de Reg. part.* 2. *cap.* 15. *n.* 22. *y part.* 3. *cap.* 5. *n.* 24; quien con otros muchos funda su opinion en la *ley* 4. *de Vulgar. et pupillar. substit.*

15 El *auto* 13. *del propio tit.* 2. *lib.* 3. en la resolucion á la tercera duda confirma la proposicion antecedente; pues reforma en dos partes el citado *auto* 10: la primera es que no haya apelaciones al Consejo de Castilla, así en lo civil como en lo criminal: la segunda que en estas causas criminales no haya recurso alguno al Consejo, reservándolo únicamente, y permitiendolo hacer en las civiles; y en esta parte dexa correr sin novedad la anterior disposicion, del mismo modo que se contiene y expresa en el citado *auto* 10.

16 Atendiendo las leyes al debido honor, respeto y decoro de los Jueces, mandan que los que apelan de sus sentencias, no digan que juzgáron mal; y esto se entiende generalmente con todos, aunque sea con los Ordinarios que conocen en primera instancia: *ley* 12. *tit.* 18. *lib.* 4. *ibi*: "Otrosí mandamos, que aquellos que apela»ren, no sean osados de decir al Alcalde, que juzgó mal": *ley* 26. *tit.* 23. *Part.* 3. Para con los que componen los tribunales superiores es mas estrecho el encargo en quanto al respeto y veneracion, con que deben mirarse sus providencias, especialmente las difinitivas. ¿Cómo pues será compatible que las partes, que introducen este recurso de las sentencias de revista de las Chancillerías y Audiencias, digan

no

no solo que juzgáron mal sus Ministros, sino que lo hiciéron con injusticia notoria, que es lo mismo que con iniquidad? Porque ya proceda de ignorancia, ya de poca diligencia en el exámen del proceso, ó ya de malicia, siempre será grande la injuria que se hace á dichos Ministros, y mayor la osadía de imaginarla y proponerla.

17 He observado en el *auto* 7. *tit.* 20. *lib.* 4. que entre las causas que excitáron el aumento de los cincuenta mil maravedís señalados en el auto 6. anterior, á quinientos ducados, se expresa como una de ellas: "No siendo »ménos reparable la nota de los Tribunales superiores »que han determinado los pleytos, de que se introducen »los recursos;" pero esta nota no se fixa precisamente en que se traten sus sentencias de iniquas ó notoriamente injustas; pues bastaria para que se concibiese nota reparable contra dichos Ministros el tratar sus determinaciones de injustas, como se supone en los recursos.

18 La prueba de la proposicion antecedente se presenta con toda demostracion en la *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4, que dispone lo conveniente acerca de la segunda suplicacion en los pleytos, que por su entidad y calidad puedan recibirla. El depósito ó fianza de las mil y quinientas doblas, que debe preceder, es con exceso mayor que la de los quinientos ducados, que exìge para el recurso el citado *aut.* 7; y en esto se descubre haber intentado la ley detener mas estrechamente la segunda suplicacion sin embargo de que la causa por su entidad debia facilitarla; y verificándose igual nota reparable contra los Ministros que diéron la sentencia de revista, no se cae en la pena de las mil y quinientas doblas, si probase la parte por los medios comunes de derecho que la sentencia de revista no fué justa, sin necesidad de probar que no lo sea notoriamente. Esta pena y la de los quinientos ducados fuéron introducidas para contener la malicia de las partes en el uso de las segundas suplicaciones y de los recursos. Así se expresa literalmente en la citada *ley* 1. *tit.* 20. *lib.* 4; pues dexando explicadas las calidades de los pleytos, en

que puede tener lugar la segunda suplicacion, continúa diciendo: "Pero es nuestra merced que, porque la mali-»cia de aquellos que suplican por alongar los pleytos, no »aya lugar, que la parte, que suplicare de la dicha segun-»da sentencia dada por los dichos nuestros Oidores, con »el Perlado que fuere Presidente, que se obligue, y dé »fiadores dentro de los dichos veinte dias ante los dichos »Oidores de pagar mil y quinientas doblas, si por aquel, »ó aquellos, á quien Nos lo encomendáremos, fuere ha-»llado que la dicha segunda sentencia de los dichos nues-»tros Oidores fué bien, y derechamente dada."

19 ¿Cómo podrá tener lugar la malicia de los litigantes en querer alargar los pleytos, si prueban que la sentencia de revista no fué justa, ni derechamente dada? Para considerar introducido este remedio por malicia, y con el fin de dilatar los pleytos, es preciso que no se justifique por medio ni modo alguno la injusticia de la sentencia de revista. Esto mismo se manifiesta acerca del recurso por los *autos acord. 6. y 7. del prop. tit.* 20. *lib.* 4: en el primero se condena á la parte, que introduce el recurso, en los cincuenta mil maravedís que señala, sino verificase las causas y motivos que lo justifiquen; y si la malicia ó fraude de los litigantes fuere mas descubierta y notoria, se permite á los Jueces aumentar la condenacion de los cincuenta mil maravedís: en el segundo se hace tambien mérito de los recursos ménos justificados, y de ser continuos y maliciosos, introducidos por fines particulares; y los de esta calidad fuéron los que se intentáron contener con la pena de los quinientos ducados; pero no aquellos que se hubiesen introducido con justicia, descubriéndose ésta por los mismos autos del proceso, de qualquiera modo que los Jueces puedan asegurar su dictámen de que la sentencia de revista de la Chancillería ó Audiencia fué injusta por no haber declarado, y mandado entregar á la parte los derechos y bienes que pretendia, y la pertenecian.

20 Porque si se hubiera de justificar este recurso pro-

probando con notoriedad la injusticia de la sentencia de revista por notorio defecto de jurisdiccion en los Jueces, por falta de poder de la parte principal, por no estar esta citada, y por otras causas que hacen nula la sentencia, segun refieren las leyes, seria rarísimo el caso en que pudiera tener lugar dicho recurso; pues que no es de esperar que en las Chancillerías y Audiencias se procediese con un desórden tan conocido y escandaloso. Y como es principio de buena razon que las leyes no se establecen para casos tan raros, *ley.* 3. 4. 5. *y* 6. *ff. de Legib.*; es consiguiente persuadirse que se permitió á las partes agraviadas el enunciado auxilio para redimir los perjuicios, que faltando á la justicia las habian causado los Jueces de las Chancillerías y Audiencias en su sentencia de revista.

21 En el *auto* 10. *del propio tit.* 20. *lib.* 4, de 12 de Enero de 1740, se hallan por primera vez las palabras "in»justicia notoria" aplicadas á este recurso; pero de un modo enunciativo y con referencia á las disposiciones anteriores. En la parte principal del referido *auto* 10. se ordena y dispone que se admitan por punto general los grados de segunda suplicacion de las sentencias, que causaren executoria en la Audiencia de Cataluña, segun estaba resuelto y declarado para las demas de la Corona de Aragon.

22 En la segunda parte, que es subalterna ó incidente de la primera, se dice que en los pleytos, que por sus circunstancias no pueden recibir la segunda suplicacion, quede libre y salvo á las partes el recurso de "injus»ticia notoria" de dichas sentencias del Consejo, segun su auto acordado, y como se practica en todos los tribunales de estos reynos. Y no hallándose en el auto acordado, á que se refiere, expresion alguna que indique haber de ser notoria la injusticia de la sentencia de revista, es preciso que se modere y ajuste á dicho relato, mayormente quando no se debe presumir revocacion de las leyes anteriores en todo ni en parte, no constando claramente en las posteriores la voluntad del legislador, "acordada »con omes entendidos, é sabidores", del modo y forma

que establecen las *leyes* 9. 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1, y la 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

23 Convéncese mas la inteligencia explicada, teniendo presente que las leyes deben ser manifiestas y claras en lo que disponen, sin dar ocasion á engaños por su obscuridad: *ley* 1. *tit.* 1. *lib.* 2: *ley* 8. *tit.* 1. *Part.* 1; y el *canon* 2. *dist.* 4. Y si se extendieran los dos *autos acordados* 6. *y* 7. *tit.* 20. *lib.* 4, que son los que tratan de intento de este recurso, á que se hubiese de justificar y probar necesariamente la "injusticia notoria", que no se expresa en dichos autos, no serian claros, manifiestos y cumplidos, sino muy capciosos, exponiendo no solo á los ignorantes sino tambien á los sabios á que padeciesen engaños; pues hallaban abierto el paso á este recurso en su principio, y cerrado estrechamente en su resolucion, queriendo que se probase con notoriedad la injusticia de la sentencia de revista; pero esto se acerca á lo imposible por las dificultades que inventan los hombres, las quales bastarian las mas veces para hacer obscura en el dictamen de los Jueces la injusticia que se pretendia fuese notoria: *Novel.* 44. *cap.* 1. §. 3. ibi: *Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit (licet aliquid sit valdè justissimum) tamen suscipere quamdam solicitam dubitationem*; y el Papa Clemente V. en el prefacio á las Clementinas: *Nulla juris sanctio, quamtumcumque perpenso digesta consilio, ad humanæ naturæ varietatem, et machinationes ejus inopinabiles sufficit, nec ad decissionem lucidam suæ nodosæ ambiguitatis attingit.*

24 El referido *auto* 10. se motivó sobre instancias particulares de las partes, que litigaban la sucesion de un fideicomiso; pues dada la sentencia de revista en 10 de Enero de 1739, confirmando la de vista de 27 de Marzo de 1733, una de las partes introduxo en la Audiencia el grado de segunda suplicacion con la fianza de mil y quinientas doblas, en 16 del propio mes de Enero.

25 No se dudó que se habia introducido este grado dentro de los veinte dias, ni que la causa era de entidad y gravedad suficiente. Lo único que reparó la Audien-

diencia fué que en las leyes, fueros y constituciones, que se habian dado en la planta de gobierno á dicho tribunal, no estaba prevenido el caso de la segunda suplicacion, y parecia que no debia admitirlo, como asi lo resolvió por su auto de 21 del propio mes de Enero, del qual mandó dar á la parte testimonio, para que con él recurriese á S. M., de cuya Real órden se trató este punto en Consejo pleno, y fué de parecer que debia admitirse el grado de segunda suplicacion de las sentencias de revista de la Audiencia de Cataluña, fuesen ó no conformes. Este fué el punto que se trató de intento, y por incidencia el del recurso en los pleytos, que no tuviesen las calidades necesarias para la segunda suplicacion.

26 Por esta serie, que es positiva en la referida consulta, y en la resolucion de S. M. publicada en 12 de Enero de 1740, se viene á conocer con evidencia que la intencion del Consejo fué reducida á declarar á la Audiencia de Cataluña lo establecido en los demas tribunales superiores del reyno, sin añadir la menor calidad ni circunstancia, que no estuviese prevenida en las disposiciones anteriores.

27 Á este propósito es muy oportuna la *ley* 35. *Cod. de Inofficioso testament.* ibi: *Neque enim credendum est, Romanum Principem, qui jura tuetur, hujusmodi verbo totam observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam, atque inventam, velle everti*; pero si esta primera opinion queda bien fundada en las leyes y autoridades que se han referido, no son ménos poderosas las que se expondrán en prueba de la opinion contraria; esto es, que la injusticia de las sentencias de revista debe ser notoria, para que se verifiquen las causas y motivos del recurso.

28 El *auto* 10. *tit.* 20. *lib.* 4. reserva á las partes el recurso de "injusticia notoria" en aquellas causas que por su calidad y circunstancias no admiten la segunda suplicacion; y debiendo estarse al natural sentido de las palabras, que son los instrumentos que explican la intencion de su autor, no dexan la menor duda en que la in-

injusticia debe ser notoria, segun se expresa literalmente en dicho auto acordado: *ley* 5. *tit.* 33. *Part.* 7. *ibi*: "Las »palabras del facedor del testamento deben ser entendidas »llanamente, así como ellas suenan, é non se deve el »Judgador partir del entendimiento dellas; fueras en»de quando pareciere ciertamente, que la voluntad del »testador fuera otra, que non como suenan las palabras, »que estan escritas": *ley* 69. *ff. de Legatis, tertio*: Vela *disertac.* 49. *n.* 52; y continuando la citada *ley* 5. dice lo siguiente: "Por eso ponen á los omes nombres ciertos, é »señalados, porque sean conocidos por ello"; y la *ley* 7. *§.* 2. *ff. de Supellectilli legata*: *Nam quorsum nomina nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis?*

29 Aunque el citado auto 10. se refiere al 6. y 7. del propio título, su disposicion es completa en quanto denomina este recurso de "injusticia notoria", y debe subsistir por sí sola en toda la ampliacion de su autoridad, aunque los relatos no pareciesen en el mundo: porque el legislador es libre en lo que ordena y manda, sin depender en manera alguna de las leyes anteriores, siendo esta una limitacion muy solemne de la regla, que establece que el referente no prueba sin el relato, de la qual tratan muchos autores, señaladamente Pareja *de Instrumentorum edit. tit.* 7. *res.* 9. *desde el n.* 32.

30 El Consejo, quando consultó el citado auto 10, y mas principalmente S. M. en su soberana resolucion, tuviéron muy á la vista los dos enunciados autos 6. y 7. en su letra y en su espíritu, y no podia ménos de ser adequada su referencia á los mismos autos 6 y 7; y esta es otra prueba que convence su uniforme inteligencia en quanto á que el recurso es y debe llamarse siempre de "injusticia notoria."

31 Uno de los primeros principios de la legislacion es que, quando hay una ley obscura, se entienda y declare por otra que sea clara, y trate del propio asunto; y esta es otra regla que obliga á conocer la identidad de las disposiciones acerca de la "injusticia notoria" de este recurso.

¿Po-

32 ¿Podrá alguno dudar de lo que el Rey asegura, siendo hecho propio que tiene á su vista? *ley* 1. *tit.* 7. *Part.* 3. al fin: "Pero el emplazamiento, que el Rey, ó »los Judgadores de su Corte, ficieren por su palabra, »mandamos que sea creido sin otra prueva;" *ley* 32. *tit.* 16. *Part.* 3: "Pero si Emperador, ó Rey, diese tes»timonio sobre alguna cosa, decimos que abonda para »provar todo pleyto. Ca debe ome asmar, que aquel que »es puesto para mantener la tierra en justicia, é en de»recho, que non diria en su testimonio si non verdad;" y la Clementina única *de Probationib.*

33 ¿Pues qué hecho puede ser mas propio del Rey que la misma ley, que recibe todo su ser de la soberana resolucion, y llega al último grado de perfeccion en el punto que se publica de su Real órden, y siempre está á la vista del mismo legislador, como lo dice oportunamente el Papa Bonifacio VIII. en el *cap.* 1.° *de Constitutionib. in Sex.*, deduciendo de este principio que por la ley última se deroga la anterior, quando es incompatible su existencia, aunque no haga memoria de ella? *Licet Romanus Pontifex* (*qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere*) *constitutionem condendo posteriorem, priorem* (*quamvis de ipsa mentionem non faciat*) *revocare noscatur.*

34 El uso comun de los hombres determina en las palabras dudosas la propia significacion en que deben ser recibidos, de la qual no es lícito apartarse despues: *ley* 6. *tit.* 2. *Part.* 1: "Que ansi como acostumbráron los otros »de la entender, ansi deve ser entendida, é guardada," *leg.* 23. *ff. de Legib.*: *Minimè sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt.*

35 Los que introducen este recurso, lo proponen siempre con las palabras expresivas de ser de injusticia notoria, y esta fórmula repetida con uniformidad en sus escritos demuestra por los principios indicados su constante inteligencia.

36 El Consejo lo admite en el propio concepto, y como que el fundamento de él es la misma injusticia no-

to-

toria, que motiva la parte que litiga; y con el mismo proposito procede á exâminar los autos del proceso, y dar su sentencia; y este es otro medio que califica mas seguramente la inteligencia explicada: *ley* 5. *tit.* 2. *Part.* 1: *leg.* 34. *de Legib.* y el §. 6. *Institut. de Satisdationibus.*

37 El *auto acordado* 6. no resiste en su letra ni en su espíritu que la injusticia notoria sea el preciso fundamento del recurso, pues solo dice que la parte que lo intentare sea condenada en los cincuenta mil maravedís, que se depositan ó afianzan, en caso de que el Consejo con vista de los autos reconociere haberse aquella valido del remedio del recurso, sin verificarse por él las causas y motivos que lo justifiquen. No expresa dicho auto quales sean estas causas y motivos, y por lo mismo admite la explicacion de que sea la injusticia notoria.

38 El recurso por solo este título, sin unirle el de injusticia notoria, comprehende como único fundamento la misma injusticia notoria, sin que su explicacion ó declaracion obre efecto alguno esencial en quanto á este requisito, si solo el extrínseco de manifestar y poner en claro lo que se contenia en el nombre ó voz de *recurso.* Prueban esta proposicion las consideraciones siguientes: primera que este es un remedio extraordinario introducido por equidad en los casos, en que se prohiben los ordinarios de apelacion y suplicacion, y ha de tener necesariamente alguna particular circunstancia que lo justifique; y esta no puede ser otra que la iniquidad ó injusticia notoria, y la opresion que reclama. De otro modo seria igual este recurso en el conocimiento y determinacion con los medios ordinarios de la apelacion y suplicacion, pues tambien se busca en ellos la injusticia de las sentencias que los motivan. Si la ley prohibe las apelaciones y suplicaciones, porque sean tres conformes, ó por la excelencia de los Jueces que han dado las de vista y revista, y entrase el recurso con el mismo efecto en su conocimiento y decision, vendria á permitirse por este medio extraordinario lo que está prohibido por las vias comunes de apelaciones y súplicas,

cas, dilatando con la ampliacion de estos recursos el fin de los pleytos con daño de la causa pública, lo qual resisten poderosamente otras leyes.

39 Este modo de convencer y demostrar que la causa, que justifica este recurso es la iniquidad ó injusticia notoria de la sentencia de revista, se deduce de las doctrinas de los autores que tratan en general de él como remedio extraordinario, señaladamente el señor Math. *de Regimine regni Valentiæ cap.* 12. §. 7, y el señor Crespi *part.* 1. *observ.* 10. *n.* 79., *y en la observ.* 60. *n.* 77. con otros muchos que refieren.

40 Este es un supuesto en que convienen las partes con mas facilidad, y lo mismo hacen los Jueces. La mayor y casi insuperable dificultad á causa de no poder sujetarse á reglas positivas y ciertas en todos los casos que ocurren, ni aun en el mayor número de ellos, consiste en el concepto y graduacion de la que se llama injusticia notoria, y en los medios por donde deben caminar los Jueces para acrisolarla, y asegurarse de ella con un juicio constante sin ninguna duda racional y probable.

41 A mí me parecia que los Jueces no deben pararse en las primeras nociones que presentan los autos en su inspeccion, sino que deben internarse en su exámen y conocimiento, combinando los hechos hasta ponerlos en estado de su positiva y clara existencia; pues una vez asegurados los Jueces de esta fuente y manantial del derecho, conocerán las mas veces con toda claridad el que sea aplicable á la decision del pleyto, viniendo á convencerse de si la sentencia de revista fué ó no justa.

42 Esta es la razon por que mandáron las leyes que en las demandas y contestaciones pongan las partes los hechos simplemente y en encerradas razones: *ley* 4. *tit.* 16. *lib.* 2. *ibi*: "Do tan solamente se puede poner »simplemente el hecho de que nasce el derecho:::: mas »cada una simplemente ponga el hecho en encerradas »razones:" *ley* 10. *tit.* 17. *lib.* 4. *ibi*: "Seyendo hallada, »y probada la verdad del fecho por el proceso:" *ley* 52.

§. 2. ff. ad legem Aquiliam: ibi: *Respondi in causa jus esse positum.*

43 Por esta misma razon se hace estrecho encargo á los Jueces de que escudriñen, y trabajen por todos los medios posibles en asegurarse de los hechos y de la verdad que contienen, para acertar en la sentencia que corresponde dar en derecho: *ley 22. tit. 4, y 8. tit. 13. lib. 2. ley 10. tit. 17. lib. 4: ley 11. tit. 4. Part. 3. ibi*: "Ver»dad es cosa, que los Judgadores deven catar en los pley»tos, sobre todas las otras cosas del mundo; é porende, »quando las partes contienden sobre algund pleyto en »juicio, deven los Judgadores ser acuciosos, en puñar »de saber la verdad del, por quantas maneras pudie»ren:::: E quando supieren la verdad, deven dar su juicio, »en la manera que entendieren, que lo han de facer se»gund derecho:" *ley 3. tit. 22. Part. 3. ibi*: "E catada, »é escodriñada, é sabida la verdad del fecho, deve ser »dado todo juicio, mayormente aquel que dicen senten»cia difinitiva:" *ley. 5. y 7. del prop. tit. y Part.: canon 11. causa 30. quæst. 5: cap. 6. ext. de Judiciis*; y *ley 14. Codic. eodem tit.*

44 Las leyes y disposiciones referidas hablan generalmente con todas las partes y con todos los Jueces sin diferencia de instancias y juicios, y ninguno puede excusarse de cumplir el estrecho y repetido encargo, que les hacen acerca de asegurarse por los hechos del proceso de la verdad y justicia.

45 En este exámen se incluye la prueba del proceso, ya sea de instrumentos ó de testigos, ó por confesion de los que litigan, quando aquella no está clara; y en esto entran todas las disposiciones que tratan de la manera de prueba que es plena y concluyente, y de las que se eliden, ó ponen en duda por diferentes medios; y seria un tratado muy difuso si se descendiese á referir y probar los medios y modos, por donde se justifican los hechos, cuyo discernimiento debe confiarse al justificado arbitrio de los Jueces, especialmente al de los que han de determinar

nar los recursos de injusticia notoria ; pues aunque esta puede serlo de tal modo que por las primeras nociones del proceso se perciba con toda evidencia, como sucede en los casos de faltar poder suficiente, de no ser citada ni emplazada la parte, y en otros que mas largamente refieren los autores; rara vez ocurre que se justifique y funde el recurso en las causas indicadas, y los mas se refieren á los hechos probados, y hacen necesario su exámen para proceder á la aplicacion del derecho, ya sea expreso, ó ya se deduzca de su espíritu la decision, auxîliada de la inteligencia que la han dado por comun consentimiento los autores, y la observancia de los tribunales.

46 Yo he defendido y juzgado bastantes pleytos, que han venido al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno he hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contenga una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos expresos, ni que caduque por falta de poder, citacion, ni subversion del órden público que influye en la natural defensa de las partes, y en todos ha sido necesario internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes, y quando no las hay adaptables, recurrir á las razones que han admitido con uniformidad los autores.

47 Si hubiese alguna duda acerca de si estan probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo razonable y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entónces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo; y la sentencia, que entónces se dá en él, pone un sello perpetuo á las disputas y á los recursos del pleyto, como se expresa al fin del citado *auto acordado* 7.

48 Si la sentencia de revista contiene diversos capítulos, podrá justificarse el recurso en unos y no en otros, y será la sentencia del Consejo correspondiente en la confirmacion y revocacion de los artículos respecti-

vos, y entra entónces la duda acerca del depósito de los quinientos ducados. Para caso igual se dispuso lo conveniente en la segunda suplicacion por la *ley* 3. *tit.* 20. *lib.* 4, declarando que si la sentencia de revista se revocase en parte substancial, cuyo importe y valor pudiera dar lugar á la segunda suplicacion, quedará excusada la parte de pagar las mil y quinientas doblas.

49 Si para los recursos de injusticia estuviera determinada la cantidad ó valor del pleyto, en que pudieran tener lugar, se deberia guardar la misma proporcion alzando el depósito ó la fianza de los quinientos ducados, quando ascendiese la sentencia, en la parte que se revocase, á la cantidad suficiente para introducir el recurso; pero como falta este supuesto, es preciso que se regule por el justificado arbitrio de los señores Ministros del Consejo. Así se ha verificado algunas veces, y fué una de elias en el pleyto, que se determinó el año de 1784, entre Don Martin de Epalza y su hijo Don Pablo, vecinos de Bilbao; pues habiendo revocado la sentencia de revista de la Chancillería de Valladolid en parte considerable, aunque se confirmó en otras de mayor valor, se mandó alzar y entregar el depósito de los quinientos ducados.

50 Por tanto convendria, para no dexar dudas en la legislacion de estos recursos, que se acordase y señalase el valor de la causa para que se admitiese el recurso, como se declaró para la segunda suplicacion, y se aumentó con proporcion al tiempo y á la calidad de la causa, así en posesion como en propiedad, en los términos que se explicó en el capítulo próximo. Así se evitaria por medio de esta providencia el daño público y particular que producen estos recursos, que no son compatibles con la equidad en que se fundan, sino corresponde la entidad y gravedad de la causa; pues en cosas de poca monta es mas ventajoso á la causa pública y á las mismas partes sufrir el daño, que les puede causar la sentencia de revista, que exponerse á otros incomparablemente mayores que necesariamente resultarian, aun en el ca-

caso de su vencimiento que es tan contingente y raro.

51 Igual beneficio se lograria si se estableciesen términos precisos para introducir el recurso en el Consejo; pues estando las leyes tan diligentes en señalar los de las apelaciones, suplicaciones ordinarias y los de las segundas suplicaciones, parece necesario que se haga lo mismo en los recursos de injusticia. De otro modo queda este punto expuesto á dudas, y pueden las partes tomar ocasion para disputar si viene ó no en tiempo al Consejo.

52 Yo he observado que las mas veces ocurren sin dilacion al Consejo, introduciendo este recurso de las sentencias de revista; pero si la parte lo retardase por tiempo considerable, se excitaria la duda indicada, y esto solo da justo motivo para ocurrir á ella con el señalamiento de término competente. Tambien resultaria de la misma retardacion otro daño muy considerable al público y á los particulares; pues los derechos y dominios de las cosas estarian sin la seguridad que da la sentencia de revista, y pendientes de la voluntad de la otra parte.

53 De estos puntos, y de otros que son accesorios al recurso de injusticia, trató muy bien el Doctor Don Juan Antonio Marin en sus *Observaciones originales* sobre los autos, que diéron regla para la introduccion del recurso de injusticia notoria, señaladamente en el capítulo quinto. Yo no considero necesario hacer sobre estos artículos otras explicaciones, á excepcion del en que se trata de la Sala segunda de Gobierno, encargada de la vista y determinacion de los pleytos que vienen al Consejo por recurso de injusticia notoria; pues recibirá mayores luces con la noticia puntual del orígen de esta Sala, y de la distribucion de sus negocios.

54 Los *autos acordados* que se han referido, y sirven de fundamento y regla al recurso de injusticia, encargan su conocimiento á la Sala de Gobierno sin distincion de que sea la Primera ó la Segunda; ni podia distinguirse, porque entónces no tenia establecimiento fixo, ni

se

se formaba sino rara vez, segun la necesidad y urgencia al arbitrio del señor Presidente ó Gobernador, con el fin de la mayor expedicion de los negocios que ocurrian.

55 El orígen de esta Sala se debe tomar de la consulta, que en 22 de Agosto de 1627 hizo á S. M. el señor Presidente del Consejo, exponiendo que conforme á la nueva órden, que se guardaba en él, asistian en la Sala de Gobierno cinco Jueces con el Presidente: que con las necesidades de aquellos tiempos crecian los negocios del Gobierno general: que los negocios eclesiásticos, que por via de fuerza venian á dicha Sala, eran en tanto número que ellos solos bastaban para ocuparla algunos dias: que quando los Jueces supernumerarios acudian á la misma Sala, se componia de ocho ó nueve Jueces: que por esta causa el Comendador mayor de Leon, antecesor suyo, comenzó á introducir, quando se hallaba con número de Jueces suficiente, la division de las dos Salas de Gobierno; y que cada una de ellas despachase los negocios corrientes, reservando los de mayor importancia para toda la Sala junta.

56 En la referencia que se hace de la division de estas Salas, se observa que ninguna pierde la denominacion de ser de Gobierno, ni se distingue con el título de Primera y Segunda, porque siempre quedaba una sola, y á su nombre se despachaban los negocios por los Ministros que se apartaban para su mas pronta expedicion, uniéndose para los de mayor importancia.

57 Continúa la representacion ó consulta exponiendo que habia hecho lo mismo algunas veces, en inteligencia de que hubiese precedido decreto de S. M., ó Real órden de palabra, dada á su antecesor para poderlo hacer; pero que viendo que algunos Ministros del Consejo hacian escrúpulo de esta materia, afirmando que no podia dividirse la Sala de Gobierno en dos, ni formarse entera sin cinco del Consejo y el Presidente, lo representaba todo á S. M. para que se sirviese decir-

cirle si podia dividir la Sala en la forma, y para los fines que se habia usado ántes, de que habia resultado gran fruto. Y S. M. se sirvió resolver lo siguiente: "Es-»tá bien; así lo executad."

58 Por otra Real resolucion á consulta del Consejo de 3. de Enero de 1716. se sirvió mandar S. M., que en la Sala Segunda de Gobierno del Consejo, que habia deliberado se tuviese temporalmente para la mas fácil expedicion de los negocios que ocurriesen, solo se viesen las peticiones sueltas, los negocios de la Sala de Gobierno que hubiesen llegado á estado de contenciosos, y los que la Sala principal remitiese á la Segunda, y no otros algunos. Esta es la primera vez que se oyó el nombre de Sala Segunda en calidad de temporal, y para los fines que expresa la enunciada Real resolucion.

59 Los recursos de injusticia notoria, ya sea porque en su orígen y progreso son contenciosos, y estan comprehendidos en la cláusula general indicada, ó porque la Sala principal empezó á remitirlos á la Segunda, se han continuado en la misma, y forman una parte de los de su privativa dotacion.

60 La dotacion del Consejo, segun su planta antigua, consistia en el número de diez y seis Ministros, distribuidos en esta forma: cinco y el Señor Presidente á la Sala de Gobierno, tres á la de Justicia, igual número á la de Provincia, y cinco á la de Mil y quinientas: *ley* 62. *tit.* 4. *lib.* 2.

61 Por el *auto acordado* 50. *del propio tit. y lib.* se aumentó el número de Ministros á veinte sin incluir el señor Presidente ó Gobernador, y se continuó su distribucion en las mismas quatro Salas referidas.

62 Por el *auto acordado* 71. *del mismo tit. y lib.*, que es de 9. de Junio de 1715, se restituyó el Consejo á su antigua planta, acrecentando el número de sus Ministros al de veinte y dos, los ocho para la Sala dc Gobierno, quatro para la de Justicia, igual número para la de Provincia, cinco en la de Mil y quinientas, y uno en la Pre-

Presidencia de la Sala de Alcaldes. Los ocho Ministros se destináron á la Sala de Gobierno con los dos fines que expresa el citado *auto* 71 : uno fué para que de ellos se suplieran los que faltasen en las otras Salas ; y otro para que si ocurrieren algunas veces muchos negocios de la Sala de Gobierno, se dividiese esta en dos para la mas breve expedicion de ellos, como se ha executado en otras ocasiones.

63 Por la serie de las enunciadas disposiciones se confirma que en los años de 1700. 1703. y en los anteriores estaba reducido el número de Ministros de la dotacion de la Sala de Gobierno á cinco; y aunque se considerase el aumento hasta los ocho, como de estos, aun asistiendo todos, se habian de proveer los que faltasen en las tres Salas de Justicia, se puede considerar que las mas veces no excederian de cinco; y si de los ocho se formaba la Sala Segunda de Gobierno con el número de quatro, que era igual á las de Justicia, quedaba el de la Sala Primera reducido al de quatro.

64 Por todo lo referido se convence que por los *autos acordados* 6. *y* 7. *tit.* 20. *lib.* 4. se encargó y confió la vista y determinacion de los pleytos de injusticia notoria á los cinco Ministros que componian la Sala de Gobierno, y esto quando asistiesen todos.

65 ¿Qué causas pues han sobrevenido para que en el dia, que conoce la Sala Segunda de estos recursos, no sean suficientes los quatro de su dotacion para verlos y determinarlos? Aunque falte uno de ellos, se despachan con los tres los pleytos y negocios ordinarios que ocurren ; pero los de injusticia notoria se ven y determinan siempre por quatro, pues se completa este número con el que señala el señor Presidente ó Gobernador, ya sea de los de Sala Primera ó de las otras.

66 Los pleytos que admiten segunda suplicacion son por lo comun de mayor gravedad y entidad en sus valores, y en la pena de las mil y quinientas doblas que depositan, ó afianzan los que la introducen, y sin embar-

bargo se consideró suficiente el número de cinco Ministros para verlos, y el de quatro para sentenciarlos.

67 Así se reconoce por las leyes y *autos acordados*, que por menor se refieren en el capítulo próximo. En la *ley* 2. *tit.* 20. *lib.* 4. se dice que cinco de los Ministros del Consejo "puedan ver, y determinar cada una de las di-"chas causas." En la *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* se dispone que en los pleytos vistos en grado de segunda suplicacion, y en los que se vieren en adelante, si muriese ántes de sentenciarlos uno de los cinco Ministros, los determinen los quatro que quedan. El *auto* 2. *del mismo tit. y lib.* previene que si comenzando á verse algun pleyto de segunda suplicacion, faltase alguno de los Jueces por muerte ó promocion, se nombre otro para que acabe de verse por cinco Jueces. Y esto mismo se repite en la *ley* 62. *cap.* 19. *tit.* 4. *lib.* 2, y en el *auto* 1. *tit.* 20. *lib.* 4.

68 Por las leyes y *autos acordados* posteriores, que se refieren en el citado capítulo anterior, se mandó que los pleytos de segunda suplicacion se viesen en las sentencias difinitivas, y en los artículos que tuviesen fuerza de ellas, con los Ministros de las tres Salas de Justicia, que en lo antiguo componian once, y despues se aumentáron á trece, sin que pudiesen empezarse á ver con menor número que el de nueve; pero este mayor número de Ministros fué señalado para la vista, mas en quanto á su determinacion se confió á cinco de ellos, aunque hubiesen faltado los demas, ó no pudiesen votar por escrito, como se declaró por Real resolucion publicada en el Consejo á 6. de Setiembre de 1747, á consulta del mismo tribunal de 12. de Agosto anterior, motivada en la duda que ofrecia el mismo decreto de 12 de Julio del propio año de 1747, indicada en el referido capítulo próximo.

69 En las enunciadas disposiciones se motiva haber condescendido S. M. á que los pleytos de segunda suplicacion se determinasen por los cinco Ministros que hubiesen quedado, para que no se retardasen con daño del público y de las partes.

70 Mucho mayor daño se experimentaria si para la vista y determinacion de los recursos de injusticia notoria se aumentase el número de los quatro Ministros que componen la Sala segunda, pues no solo se retardarian los pleytos de esta clase, sino que se interrumpiria el despacho de otros negocios de la mayor importancia. Y aunque por Real resolucion de 9. de Junio de 1715. se acrecentáron cinco plazas en el Consejo, la experiencia de muchos años me ha hecho conocer que no alcanzan á completar la dotacion de las Salas, especialmente en el estado presente; hallándose unos Ministros excusados de asistir al Consejo por Reales cédulas de S. M., otros enfermos, ausentes y ocupados en varias comisiones, sin incluir las vacantes de plazas, cuya provision por necesidad se dilata algunos meses.

CAPÍTULO VI.

De la recusacion de los Jueces.

1 Entre todos los medios y modos que los hombres tienen de defender sus facultades y derechos, es sin duda la recusacion uno de los mas cumplidos y seguros; pues siendo un remedio preventivo que se anticipa al daño, es como todos los de esta especie mas ventajoso que los que se buscan para reparar el mal ya sucedido. Por esta razon el solo temor de que pueda venir y suceder el daño justifica la recusacion: *ley* 1. *Cod. Quando liceat unicuique sine judice se vindicare*: *ley* 5. *Cod. In quibus causis in integrum restitutio non est necessaria*: *ley* 2. *ff. de Damno infecto.*

2 Si se recusare al Juez ordinario ó al delegado, no se expresa la causa, ni las leyes antiguas imponian obligacion de jurarla si la parte contraria no lo pedia: *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3. *ibi*: "Jurando el que esto dixere, si le de»mandaren la jura, que lo non dice maliciosamente, por »alongar el pleyto, mas porque ha miedo, é sospecha del »Juez. E despues que lo oviere así dicho, é jurado, non le »de-

»debe el Judgador apremiar de responder antel, maguer »non le diga, porque razon lo ha por sospechoso. Ca se- »gund es establecimiento de las leyes antiguas, non ha »porque lo decir, si non quisiere." *La ley* 1. *tit.* 5. *lib.* 3. *del Ordenamiento* tiene por suficiente alegar por sospechoso al Alcalde, jurando que no lo hace de malicia sin necesidad de expresar la causa. Esta ley se trasladó casi en todas sus palabras á la 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop.*, viniendo á ser uniforme en todos tiempos la regla de que no es necesario alegar causa particular en que se motive la recusacion.

3 Dos observaciones he debido hacer sobre lo dispuesto en la citada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3: una en la razon que señala para continuar con la regla indicada, ibi: "Ca »segun es establecimiento de las leyes antiguas, non ha »porque lo decir, si non quisiere:" otra en la referencia que hace á las leyes antiguas, pues en esta clase considero la *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*, en la qual se dispone entre otras cosas lo siguiente: "O por ventura díz que el su Juez mismo ha sospechoso."

4 Por resumen viene á decir la citada ley de Partida que no hace novedad en quanto á que se proponga generalmente y en confuso la sospecha contra el Juez ordinario ó delegado, porque así estaba dispuesto con la propia generalidad en las leyes antiguas.

5 Este pensamiento de seguir ciegamente, y sin la debida crítica ó discernimiento la antigüedad, trae muchas veces el daño de no perfeccionar las cosas, ya sea en el estado civil ó ya en el físico, cerrando la puerta al adelantamiento y mejoras de que son capaces las materias, que aunque se hayan tratado por siglos de un mismo modo, se ha manifestado despues de ellos el error que contenian, y se ha demostrado la verdad por la razon y la experiencia.

6 Esta sola consideracion obliga á inquirir los daños que producen al público y á las partes las recusaciones generales, y si seria mejor que se obligase á señalar

y determinar la causa, en que pretenden fundar el temor ó sospecha del Juez ordinario ó delegado.

7 Los Jueces ordinarios son acreedores de justicia por una presuncion poderosa á que se consideren con la integridad y justificacion necesaria para llenar las obligaciones de su oficio; y por estos respectos deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos, corrigiendo y castigando á los que de qualquier modo se exceden injuriándolos, como se dispone tantas veces en las leyes del reyno y en los cánones.

8 Quien recusa al Juez duda de su integridad, y empieza desde aquí la injuria; pues le considera fácil á desviarse del camino recto de la integridad y justicia por causas y motivos, que ó no deben imputársele, ó deben ser despreciadas. Esta es una proposicion en que convienen las leyes y los autores.

9 Las causas para recusar pueden ser varias: unas inocentes sin culpa de los Jueces, como la de parentesco de consanguinidad y afinidad, ó la de amistad anterior con alguna de las partes que litigan; y otras criminosas, como la de soborno, enemistad y otras semejantes. Quien recusa sin expresar la causa, envuelve todas las que puede haber, y dexa al arbitrio del público que conciba contra la opinion del Juez recusado la que sea mas perniciosa, y esto aumenta la injuria, y se le priva de su natural defensa.

10 Si el juramento del que recusa ha de servir de prueba de la causa en que se funda, caerá mas fácilmente en malicia por la seguridad de que no puede ser descubierta ni convencida; y esta ocasion en que se ponen las partes, no solo de proceder maliciosamente en las recusaciones, sino tambien de abusar del juramento, está indicada y comprobada con la experiencia que recuerdan las leyes Reales, señaladamente la 1. *tit.* 5. del *Ordenamiento*, ibi: "Recusaciones ponen los demandados algunas ve»ces contra los Jueces maliciosamente, por no responder »á las demandas que les son puestas:" *ley* 2. *tit.* 10. *lib.* 2. *Recop.* ibi: "Porque muchos maliciosamente, y sin justa »cau-

»causa se atreven á recusar:" *ley* 17. *del propio tit. y lib.* ibi: "Porque sin embargo de lo que está proveido por »leyes de nuestros Reynos, todavía se hacen muchas re»cusaciones con malicia."

11 El juramento se dirige á probar que el ánimo de la parte que recusa no se mueve de malicia por alargar el pleyto, ó por injuriar al Juez; pero no trasciende á calificar de verdadera, suficiente y justa la causa del temor y sospecha qué concibe, pudiendo suceder, y acaso será así las mas veces, que ó no hubiese causa alguna para desconfiar del Juez, ó no fuese suficiente para recelar que faltase á la justicia.

12 Las leyes andan siempre diligentes en apartar las ocasiones de pecar, y en alejar de las partes y del público los peligros de delinquir, precaviéndolos con oportunas providencias; y ningun riesgo puede ser mas notorio en lo espiritual y temporal que el indicado en las recusaciones vagas.

13 Ninguno puede encargar á otro la administracion de sus bienes, relevándole de dar cuenta y razon. El padre en uso de su patria potestad puede dar tutor á sus hijos, y exônerarle de fianza, pero no de dar cuenta de la tutela. Estas disposiciones y otras semejantes se fundan en que teniendo los hombres la seguridad de que no serán descubiertos sus excesos, estan en carrera de cometerlos. Así se explican las *ley.* 29. *y* 33. *tit.* 11. *Part.* 5: *ley* 5. §. 7. *ff. de Administrat. et periculo tutorum*: *ley* 119. *de Legatis primo*: *ley* 9. *y* 20. *de Liberatione legata*; y el señor Covarrubias con otros que refieren *en el lib.* 2. *de sus Varias cap.* 14. *n.* 3.

14 En las recusaciones de los Presidentes y Ministros del Consejo, Alcaldes de Corte, y los de las Chancillerías y Audiencias, se deben expresar las causas; y pareciendo justas, probables y tales que probadas sean suficientes, se admiten, y es del cargo de la parte que recusó probarlas, y no lo haciendo cae en la pena que señalan las *ley. del lib.* 2. *tit.* 10, y los *aut. acord. del prop. tit. y lib.*

Es-

Estas nuevas calidades, que se han exîgido en las recusaciones de los Magistrados superiores, se motivan en la malicia con que muchas veces los recusaban las partes; y quando se atreven á ofender á unos Jueces de tan alta autoridad, ¿qué no harán con los inferiores, y quánto mayor y mas repetido será el peligro de que abusen con dolo y malicia del remedio de la recusacion, que es recomendable quando se dirige de buena fe á la defensa natural, y debe ser punible si se convierte en daño del público y de las mismas partes?

15 Yo no hallo diferencia entre la mayor ó menor autoridad de los Jueces que se recusan, para que con unos haya libertad absoluta de hacerles ofensas con malicia y dolo, sin permitirles la natural defensa de su honor y opinion; y se hayan puesto para con otros tan exâctas precauciones á fin de contener y corregir la malicia de los que intentan recusarlos. Que hubiera alguna diferencia en la mayor pena con que deben ser castigados los que no justifican sus recusaciones contra los Jueces superiores, era muy razonable; pero dexar á unos enteramente indefensos sin que puedan ni aun saber los motivos que hayan dado para ser recusados, parece que no es compatible con el derecho que tienen todos á mantener su honor y buen nombre, defendiéndose de las calumnias con que se intenta obscurecer.

16 Por último si la causa de la recusacion es verdadera y suficiente para sospechar del Juez inferior, ¿qué reparo puede tener la parte en expresarla y probarla? Si es inocente, como la de parentesco ó amistad anterior al pleyto, logrará la parte su intento, y el Juez quedará sin agravio en el público; y si la causa fuese criminosa, importa á la república su castigo, pues con el exemplo de unos se contienen los demas.

17 El derecho canónico precavió los mismos riesgos en la malicia de los que recusan los Jueces eclesiásticos, disponiendo que expresen las causas en que fundan la sospecha, y que las prueben ante los árbitros, que deben

ben nombrarse en el breve tiempo que á este fin les señalen; y no probándolas, ó no declarándose por justas, procede y continúa el Juez eclesiástico en el conocimiento de la causa. Esto es lo que sin diferencia de Jueces ordinarios ó delegados disponen el *cap.* 39. *ext. de Officio et potestate Judicis delegati*: *cap.* 61. *ext. de Appellat.*; y otros que refiere Gonzalez en sus *Comentarios.*

18 He indicado y reunido las consideraciones antecedentes con el deseo de que se mejorase este artículo, si pareciese á otros de superiores luces que merece exâminarse del modo y por los medios que señalan las leyes, especialmente las 17. *y* 18. *tit.* 1. *Part.* 1; y las 7. *y* 8. *tit.* 1. *lib.* 2. *de la Recop.*

19 El principal efecto de la recusacion del Juez ordinario, segun el tenor de las leyes Reales que se han referido, se reduce á que tome otro, con quien proceda á substanciar y determinar la causa. La *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo* manda que el recusado se acompañe con el Obispo de la ciudad, y no dexa eleccion para nombrar otro, ibi: "Mas aquellos Jueces que él dice, que ha sos»pechosos, deven juzgar el pleyto, é oir con el Obispo »de la Cibdad; é lo que juzgaren, metanlo en escrito."

20 En lo antiguo mereció con los Christianos grande concepto la autoridad del Obispo para juzgar sus causas en forma de árbitro, reduciéndolos á la paz sin estrépito ni figura de juicio; y con este importante fin ponian en sus manos con mucha freqüencia todos sus derechos. Los Emperadores y Reyes veian el fruto que producian estas convenciones en lo espiritual y temporal, y las protegian elevando las determinaciones de los Obispos al grado mas sublime de cosa juzgada, sin permitir su reclamacion: Sozomeno *lib.* 1. *de su Historia Eclesiástica cap.* 9: Baroni. *Ana. año* 398. *n.* 63: Tomasino *de Disciplina Eclesiástica part.* 2. *lib.* 3. *cap.* 102. *n.* 1. *y* 2: Van-Spen *de Jure Ecclesiastico part.* 3. *tit* 1. *cap.* 1. *n.* 17: Divus Augustinus *de Opere Monachorum cap.* 29, y Posidio *de Vita Augustini cap.* 19; quienes reunen todas las leyes y au-

to-

toridades que confirman las proposiciones indicadas.

21 Como en tiempo de los Godos mantenian los Obispos la misma autoridad y respeto, como lo refiere Ambrosio de Morales *en su Crónica lib.* 12. *cap.* 31, citado tambien en el comentario á dicha *ley* 22, fué muy oportuno, para remover la sospecha del Juez recusado, que se acompañase con el Obispo.

22 La experiencia haria conocer que ocupándose principalmente los Obispos en los ministerios espirituales de su cargo, no podrian atender á la ordenacion y decision de las cosas temporales, dilatándose necesariamente con daño de las partes y del público; y estas consideraciones obligarian á relevarlos de esta penosa ocupacion, confiándola á otras personas de integridad y buen seso á eleccion del mismo Juez ordinario recusado, como se dispone en la citada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3, y en la 1. *tit.* 5. *lib.* 3. del *Ordenamiento.*

23 Esta práctica, observada constantemente en los tribunales por el tenor y forma de las leyes citadas, induce una diferencia respecto á los Jueces delegados, en que convienen los autores; pues estos con la misma recusacion general jurada quedan removidos de todo el conocimiento de la causa que les era encomendada, como se dispone en la enunciada *ley* 22. *tit.* 4. *Part.* 3.

24 La razon en que funda la ley la diferencia indicada consiste, segun se expresa en ella, en "que des»pues que tal Juez como éste es escogido del Rey por »bueno, y le ha otorgado poderío de librar todos los »pleytos, de aquel logar do es puesto, non deve ome »aver mala sospecha, que él ficiese en ningund pleyto, »que demandasen antel, si non lo mejor."

25 Es muy crecido el número de los Jueces ordinarios que exercen jurisdiccion en estos reynos sin que hayan merecido aprobacion, ni tengan nombramiento de S. M., ni éste noticia de sus personas, de su literatura, ni de sus costumbres, por ser nombrados por los dueños particulares de los pueblos y de su jurisdiccion,

cion, y otros elegidos por los mismos pueblos; y faltando en todos ellos aquella razon distintiva, que expresa la ley como causa principal para no remover á los Jueces ordinarios del conocimiento del proceso en que son recusados, debia por conseqüencia cesar este efecto, yconsiderarse como los delegados para poderlos separar enteramente.

26 El acompañado, que nombre el Juez ordinario, no puede serenar los recelos de la parte que le recusó: porque si este fué sospechoso al tiempo de su recusacion, quedará con ella mas irritado y contrario, como la acredita la experiencia, y lo indicó el *cap.* 39. *ext. de Offic. et potest. judic. delegati* ibi: *Suspicionis causa contra judicem assignata: non ipse (qui forsam provocatus obesset) sed arbitri potius: ley* 11. *ff. de Recept. qui arbitrium:* Carrasco del Saz *ad Leg. Rec. cap.* 10. *n.* 347.

27 Quando el acompañado no se adhiera al dictamen del Juez principal, que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y esta es otra prueba de no ser suficiente este medio para remover la sospecha, ni para evitar los daños, que temia la parte que recusó al Juez ordinario.

28 Los Ministros de los tribunales superiores que fueren recusados, siendo probada y declarada la causa por suficiente, son removidos enteramente, sin que baste para quitar la sospecha el que los compañeros juzguen con el mismo recusado. ¿Cómo pues podrá extinguirse el recelo permaneciendo el Juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre el mismo?

29 Lo dispuesto por el derecho canónico con todos los Jueces eclesiásticos que se recusan, califica igualmente no haber tenido por suficiente el acompañado, y haber estimado necesario remover al Juez recusado.

30 Para llegar á esta decision juzgáron indispensable las leyes que se expresase la causa de la recusacion, y que se exâminase y declarase por justa y bien probada, confiando este conocimiento en el primer caso á los Ministros de la Sala, en que estaba el recusado, y en el se-

gundo á los árbitros. Uno y otro se expresa en las *leyes del tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.*, y en el *cap.* 39. *ext. de Offic. et potest. Judic. delegat.*: en el 61. *ext. de Apellat.*, y en el 2. *eod. tit.*; conformándose con sus respectivas disposiciones Gonzal. *en sus Comentarios*: Acev. *á la ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 14. con otros que ellos refieren.

31 Queda dicho, y consta por la letra de las citadas leyes, que para tranquilizarse el que recusa al Juez ordinario, debe este tomar por acompañado un hombre bueno; y como las leyes no determinan quien ha de pagar los derechos y costas que se acrecientan con este nuevo Juez, han excitado esta duda algunos autores. Acevedo, *sobre la enunciada ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop. n.* 21, dice que el recusante debe pagar los gastos y costas que cause el acompañado; fundándose en que este fué la causa de nombrar á un Juez extraño. Lo mismo asegura Avendaño *in cap. Prætor. lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 15.

32 Sin embargo la razon que indican es debilísima: porque la parte, que estima sospechoso al Juez ordinario, usa de su derecho por un medio que se funda en la razon natural; pues se dirige á su defensa, y esto es imcompatible con la culpa que se le atribuye. La recusacion y el juramento suponen que hay causa suficiente y justificada, y así mas parecia que debia recaer sobre el Juez la sospecha, y el motivo de aumentarse otro.

33 Todos los inconvenientes que se han indicado, y resultan de admitirse las recusaciones de los Jueces ordinarios sin expresar la causa y probarla, cesarian si se procediese del modo y forma establecida por el derecho canónico en los respectivos Jueces de su fuero, y de lo que determinan las leyes respecto de los Ministros de los tribunales superiores; y se lograría tambien el fin de que no se repitiesen con tanta freqüencia, y que los mismos Jueces se contuviesen en sus obligaciones, sabiendo que sus excesos podian descubrirse y justificarse, quando alguna de las partes concibiese de ellos sospecha en la administracion de la justicia.

Si

34 Si se cotejan fielmente con algunas observaciones oportunas las leyes que se han referido, y que tratan de las recusaciones de los Jueces ordinarios seculares, y las que disponen lo conveniente para las de los Ministros del Consejo, Chancillerías y Audiencias, se formará un resúmen de las calidades en que convienen, y en que se diferencian, y se percibirá con claridad toda esta materia, evitando la obscuridad y digresion con que la tratan los autores en tantas partes, señaladamente Carrasco del Saz *ad Leg. Rec. lib. 2. cap. 9.* con los demas que refiere.

35 Toda recusacion debe hacerse con causa justa y suficiente para inducir sospecha del Juez; y que se pruebe por la parte que recusa. En la recusacion del Juez ordinario el juramento solo prueba que hay causa, que es justa y suficiente para darle por sospechoso, y para remover la desconfianza que concibe, y ha explicado la parte en su recusacion, por los medios que señalan las leyes, y quedan referidos.

36 En la recusacion de los Magistrados superiores hay dos juicios: uno preliminar en donde se exâmina si la causa es suficiente para introducir sospecha del Juez recusado; y si se estima y declara no serlo, se repele la recusacion por frívola y calumniosa; y siendo suficiente, y tal que probada, deba ser dado el Juez por recusado, se pasa al segundo juicio, en donde debe la parte probarla plenamente, y en su defecto incurre en las penas de temerario, injusto y calumniante, que disponen y señalan las leyes.

37 La *2. tit. 10. lib. 2. de la Recop.* pide tres cosas, que son, alegar justa causa de sospecha, jurarla y probarla. La *ley 3. siguiente* está mas expresiva en las tres partes referidas, pues dispone que quando alguno recusare á los del Consejo, al Presidente ó Oidores, ó á qualquier de ellos, vean luego y exâminen los demas el escrito de la recusacion; "y si las causas en él contenidas son justas »y probables, y tales que probadas, resultaria justa la re»cusacion, que en tal caso la admitan." Hasta aquí se de-

cide el juicio preliminar de estimar justa y suficiente la causa de la recusacion, y así se encarga que se reduzca su exámen al escrito de ella.

38 Continúa la ley disponiendo que si las causas, en que se motiva la recusacion, no fueren tales que se deban recibir, no la admitan, ni se ponga el escrito en el proceso, y condenen á la parte que la puso en tres mil maravedis por la recusacion de dicho Juez.

39 La *ley 6. del prop. tit. y lib.* supone deberse admitir la recusacion, que se motiva en causas justas y suficientes para haber al Juez por recusado: tambien supone que la parte que recusa debe probarlas; y á este fin dexa al arbitrio de los Jueces el señalamiento del término que les pareciere, con tal que no exceda de los puertos acá de quarenta dias, y de los puertos allá de sesenta; y reduce al número de seis testigos los que se han de presentar en cada pregunta.

40 Entre los dos casos de no admitirse la recusacion por fundarse en causas frívolas, y de no probarse las que se proponen como justas y suficientes, proceden las leyes con diferencia en la pena; pues la que se impone á los del caso primero es de tres mil maravedis, y la del segundo es el diezmo de lo que montare el pleyto, con tal que la dicha pena no pueda exceder de treinta mil maravedis. Esto es lo que se dispone en las citadas dos *leyes 2. y 3.*

41 La *ley 17. del mismo tit. y lib.* aumenta la pena del que no probare las causas de la recusacion de los del Consejo á sesenta mil maravedis; y la de los Alcaldes y Oidores á treinta mil. Esta separacion con que hablan las citadas leyes, como tambien la 4. *del mismo tit. y lib.*, demuestra los dos juicios de las recusaciones, uno relativo á declarar por justa y suficiente la causa con que se propone, y otro en que se determina difinitivamente si se ha probado en bastante forma para dar al Juez por sospechoso.

42 El *auto acordado 6. del propio tit. 10. lib. 2.* trata de las recusaciones de los Alcaldes de Corte, que conocen de las causas civiles en grado de apelacion, y entre otras

otras cosas dispone que no dando las causas por bastantes, condenen á la parte que recusó en dos mil maravedis; y siendo dadas por bastantes, y no pudiéndose probar, la condenen en seis mil maravedis. Esta discretiva disposicion confirma las anteriores que se han referido, y manifiesta la uniformidad con que proceden las leyes en estos dos puntos.

43 Hay otros casos muy principales que conviene exâminar: en el primero se tratará de las personas que pueden recusar, así á los Jueces ordinarios como á los del Consejo, Chancillerías y Audiencias: en el segundo se hablará del tiempo en que deben ponerse las recusaciones, probarse y determinarse; y por este órden se percibirán sus principales efectos.

44 La *ley* 22. *tit.* 1. *lib.* 2. *del Fuero Juzgo*, la 22. *tit.* 4. *Part.* 3, la 1. *tit.* 5. *lib.* 3. *del Ordenamiento Real*, la 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *de la Recop.*, y todas las del *tit.* 10. *lib.* 2, y los *autos acordados* que tratan de las recusaciones, las ponen en boca de las mismas partes que litigan, sin hacer memoria de procuradores ni del poder general ó especial, en cuya virtud puedan recusar por sospechosos á los Jueces ordinarios, delegados, ó á los que juzgan en los tribunales superiores.

45 Esta omision, con que proceden las enunciadas leyes, manifiesta que no hay alguna que determine si el poder ha de ser especial ó general; y que solo por argumentos fundados en razones sólidas han convenido los autores en que el procurador de los que litigan puede recusar con poder especial, haciendo las solemnidades del juramento y la expresion de causas en los respectivos casos en que lo deberia hacer la misma parte principal.

46 Fúndanse lo primero los enunciados autores en que las recusaciones forman una causa de gravedad, por la injuria que hacen á los Jueces, quando las ponen maliciosamente: lo segundo en que debiendo jurar que no recusan por malicia, ni por alargar los pleytos, solo puede hacer este juramento el mismo interesado que litiga,

ó con poder especial su procurador: lo tercero que imponiéndose penas á los que recusan á los Jueces de los tribunales superiores sin justa causa, ó no la prueban, no puede el procurador sin poder especial hacer responsable á su principal en las penas referidas.

47 Así se explican los autores, señaladamente Larrea *alegacion* 48. *n.* 12: Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 4: Covarrub. *in capite Quamvis, de Pactis in Sex. parte* 1. *§.* 5. *n.* 18. *al* 20, y en el *lib.* 1. *de sus Varias cap.* 6. *n.* 2; haciendo uso en confirmacion de sus opiniones de la *ley* 39. *§. último ff. de Procuratoribus*, y de la 17. *tit.* 5. *Part.* 3.

48 Las leyes y los autores citados en el número próximo refieren las precisas calidades, que debe contener el poder para que sea especial y suficiente para jurar y recusar; y son que exprese el pleyto y las personas que litigan, que nombre al Juez, y proponga las causas y motivos en que funda la sospecha del mismo, concediendo en su conseqüencia poder y facultad al procurador para que le recuse, y jure que no lo hace de malicia.

49 Qualquiera de estas circunstancias que falte al poder, basta para que el Juez repela de oficio, y no admita la recusacion. La *ley* 2. *tit.* 2. *lib.* 4. dice que al procurador, que no presentare poder bastante, no se le dé carta de emplazamiento: la 3. *del propio tit. y lib.* que se presente el poder, y lo vea el abogado, y firme á la espalda si es ó no bastante; y si los poderes no fueren bastantes, los repelan, y á los tales procuradores: *ley* 55. *tit.* 1. *lib.* 3; y *ley* 24. *tit.* 16. *lib.* 2. Rebuff. *tom.* 3. *Constit. Francor. tit. de Recusationibus art.* 1. dice que si el procurador con poder general recusare al Juez, y pidiere término para que su principal apruebe la recusacion con mandato especial, que se le debe conceder el competente segun la ausencia y distancia del principal; y que entretanto debe suspender el Juez todo procedimiento en el pleyto. Lo mismo dice Acevedo á la *ley* 1. *tit.* 16. *lib.* 4. *n.* 4. *in fine.*

50 Pero como estos autores no fundan su opinion en

en ley, razon ni práctica, por lo qual la llama Acevedo singular, no se debe seguir; pues la resisten las mismas leyes que se han referido, y que apetecen poder bastante para que sean oidos los procuradores.

51 El tercero coadyuvante puede recusar en los términos y con las calidades que estan señalados al principio: *ley* 15. *tit.* 10. *lib.* 2.

52 En quanto al tiempo en que debe hacerse la recusacion, procede la regla de no poder recusar al Juez, que se haya aprobado por palabras ó hechos: porque se caeria en la torpeza que resisten las leyes, de venir contra su propio hecho, como se explica la *ley* 13. *Codic. de Non numerata pecunia*: ibi: *Nimis enim indignum esse judicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eumdem casum infirmare, testimonioque propio resistere.*

53 El que pone su demanda ante un Juez, aprueba su justificacion é integridad en el mismo hecho, y no puede despues recusarle; y de este principio procede la obligacion de responder en el mismo tribunal á la reconvencion y mútua peticion que le ponga el demandado, como se fundó largamente en el capítulo sexto de la primera parte.

54 Por la contestacion del demandado se induce igual aprobacion del Juez, y no puede despues recusarle. Esta regla recibe una limitacion, que viene á ser general en todos los estados del pleyto, y abraza dos excepciones: una quando la causa de sospecha nace despues de la aprobacion del Juez: otra quando, aunque hubiese nacido ántes, la ignoró la parte, y vino nuevamente á su noticia; pues en qualquiera de estos casos puede usar libremente de la recusacion, porque la novedad de la causa ó de la noticia excluyen el consentimiento en la aprobacion del Juez, y se repone la parte en el principio de poderse defender por medio de la recusacion.

55 Hay cierta diferencia entre la recusacion que se pone al Juez ordinario, y la que se dirige á los Ministros de los tribunales superiores; y consiste en que los primeros pueden recusarse en qualquier estado del pleyto, aunque

que esté concluso y dada la sentencia, con tal que no se haya notificado y publicadó.

56 Esta es doctrina del señor Covarrubias en el *capit. 26. de sus Prácticas n. 2*, á quien siguen Paz *Prax. tom. 1. part. 1. temp. 10. n. 18*: Cur. Philip. 1. *part. del Juicio Civil. §. 7. n. 11*, y Aceved. en la *ley 1. tit. 16. lib. 4. n. 24*; quienes se fundan en que la recusacion no pide expresion de causa, ni mas prueba que la del juramento, el qual puede hacer la parte en qualquier estado de la causa sin el inconveniente de dilatarla.

57 Como no hay ley que decida estos dos puntos, diria yo que el juramento, que hace la parte de no recusar por calumnia ni con animo de alargar el pleyto, no era suficiente para dar por recusado al Juez que habia sido hasta entónces aprobado por la misma parte; y solo daria lugar á la recusacion si adicionase y extendiese aquel juramento á decir que la causa de sospecha habia nacido, ó llegado nuevamente á su noticia en aquel tiempo en que hacia la recusacion: porque si fuese cierto alguno de estos dos hechos, ningun reparo debe tener en afianzar con su juramento esta verdad, removiendo con él la grave sospecha, que le resultaba de su anterior aprobacion, de que procedia á recusar al Juez sin justa causa, como lo hacen las mas veces, segun la experiencia que se repite en las leyes del reyno.

58 El juramento de las recusaciones en los Jueces ordinarios produce el efecto singularísimo de probar que la causa en que se motiva es justa, suficiente y verdadera, y que no se mueve de malicia; y no permite la razon ni la ley que se atribuyan tantas singularidades á un acto, especialmente quando se da lugar con esta ampliacion á facilitar mas la malicia, á que estan expuestas aun desde los principios semejantes recusaciones, y mucho mas si se hacen despues de estar escrita y firmada la sentencia del Juez ordinario, y entregada al escribano; pues admitiéndose en este caso la recusacion, como lo asegura el señor Covarrubias en el ci-

citado *cap.* 26. *de sus Prácticas n.* 3. *vers. Cæterum*, ibi: *Nihilominus eam quotidie apud Hispanos admittimus*, las mas veces lo harán las partes, por haber llegado á entender que la sentencia las perjudica, y es justo que el mayor peligro y facilidad se contenga y corrija con prevenciones mas estrechas.

59 Las recusaciones que se dirigen á los Ministros de los tribunales superiores, aunque convienen con las otras en algunos puntos que sirven de regla, y quedan expresados, tienen notable diferencia en quanto al tiempo en que se han de proponer; y aunque hizo mérito de ella el mismo señor Covarrubias *en el capítulo citado*, *n.* 3. se percibirá con mayor claridad por el órden de las leyes que la estableciéron.

60 Las *leyes* 1. 2. *y* 3. *tit.* 10. *lib.* 2. *de la Recop.* dexan entera libertad para recusar á dichos Jueces en qualquiera parte y estado del juicio, como se manifiesta de lo indefinido y general de sus palabras, señaladamente de las que pone la citada *ley* 1. en su principio, *ibi*: "Or»denamos que cada y quando que alguno quisiere recusar »por sospechoso á alguno de nuestro Consejo, que en él »residiere, ó de los nuestros Oidores:::: que lo pueda fa»cer, jurando la sospecha en devida forma, y poniéndola »honestamente."

61 La *ley* 4. *del prop. tit. y lib.* señaló la conclusion del pleyto por término de la ilimitada libertad anterior, que tenian los litigantes de recusar, á fin de evitar que abusasen de ella, segun se experimentaba; y desde esta disposicion quedó establecida la regla, de que solo pueden recusar hasta la conclusion de la causa para sentencia difinitiva.

62 Desde la conclusion en adelante pueden tambien recusarse los del Consejo y Oidores por causas nacidas despues de ella, ó que viniéron en aquel tiempo á noticia del recusante, aun quando fuesen anteriores. La diferencia de la recusacion en estos dos casos consiste en que por las causas nacidas despues de la conclusion, pareciendo ser

bastantes para dar al Juez por recusado, ha de depositar la parte treinta mil maravedis, y ha de probar las causas del mismo modo que si los hubiera recusado ántes de la conclusion, conforme á la *ley 2. del prop. tit. y lib.*

63 En el caso de existir la causa de sospecha ántes de la conclusion, y haber llegado despues de ella á noticia del que recusa, se admite igualmente con el mismo juramento que en el caso antecedente, pero no puede probarla de otro modo que por la confesion, que haga el recusado sobre las posiciones, que en el mismo escrito de la recusacion debe poner el recusante, obligándose á pagar la pena de los treinta mil maravedis sin fianza ni depósito.

64 Esta diferencia tiene á primera vista alguna repugnancia, si se considera que hay mayor libertad para recusar por causa que nació despues de la conclusion, que por la que habiendo nacido ántes llegó despues á noticia de la parte, porque en este caso puede tener algun cabimiento la malicia, y parecia que debia ponerse mas estrecho remedio en su admision, asegurando la pena con el depósito, sin confiarla á su sola obligacion.

65 Yo no descubro otra causa para la diferencia indicada (pues no la ofrece la citada *ley* 4.) que ser en el primer caso mayor el daño que va á producir la recusacion, dilatando el pleyto con la probanza de instrumentos y testigos, que puede hacer la parte que recusa, y quedar en el segundo expedito su curso en el momento que jure y declare el Juez recusado.

66 Esta declaracion, ó confesion del Juez á las posiciones de la parte que recusa, es general segun la disposicion de la citada *ley* 4., y pareció preciso que se limitase á jurar, declarar y responder á las preguntas no criminosas, como se expresa en la *ley 7. del prop. tit. y lib.*

67 Esta última ley ofrece alguna duda acerca de si comprehende las recusaciones, que se hacen ántes y despues de la conclusion del pleyto, ó si es limitada á estas últimas. En las primeras recusaciones deben probarse las causas de ellas, y como no se dice si la parte que recusa pue-

puede valerse en lugar de prueba, ó para suplir y ayudar la que no puede hacer cumplidamente por instrumentos y testigos, de la confesion jurada del Ministro recusado, pareció conveniente quitar esta duda en la citada *ley* 7.

68 La generalidad con que se impone al Ministro del Consejo, Oidor ó Alcalde la obligacion de jurar, declarar y responder, sin distinguir el tiempo en que sea recusado, no permite restriccion alguna á las que se pongan ántes ó despues de la conclusion, y es mas conforme en qualquiera duda el que abrace las primeras que estan en la regla.

69 Estas declaraciones se mandan hacer sobre las preguntas no criminosas, aunque la *ley* 4. dispone que se hagan sobre las posiciones; entre estas y aquellas hay notable diferencia, porque las posiciones son relativas á las partes que litigan, y las preguntas son comunes á los testigos, y como estos pueden recibirse para la prueba de la recusacion que se pone ántes de la conclusion, es otro argumento de que la *ley* 7. habla de este caso.

70 El *auto acordado* 4. *tit.* 10. *lib.* 2. pone en toda claridad este pensamiento, pues en él se determinó por todo el Consejo que de lo que declare el señor, á quien se pusiere la recusacion, no se dé traslado en ningun caso, aunque se haya de recibir á prueba, pero esta solo tiene lugar en dos casos: uno quando se pone en el tiempo habil de la regla; y otro quando se recusa despues de la conclusion, vista del pleyto y lapso de los treinta dias, por causa nacida despues de ellos; y explicándose el auto del Consejo en términos que abraza estos dos casos, no se puede dudar que en uno y otro puede pedirse, y debe hacer el Ministro recusado el juramento y confesion sobre las preguntas no criminosas, y que quando no se han de recibir á prueba las causas que nacen ántes, y llegan despues á noticia de la parte, tiene lugar la confesion del Juez sobre las posiciones.

71 Para que el Ministro recusado jure y declare en los casos de la citada *ley* 7., es necesario que la parte lo pi-

pida, *ibi*: "Si la parte pidiere que jure sobre la recusa-»cion", y este es otro argumento de que habla de las recusaciones en que hay otras pruebas.

72 La citada *ley* 4. permitia recusar despues de la conclusion del pleyto en los dos casos expresados, y no señala tiempo para poner la recusacion, de lo qual se aprovechaban las partes, usando de ella en la vista del pleyto, ó despues ántes de publicarse la sentencia, sin embargo de que mediase mucho tiempo entre la conclusion y la vista ó sentencia.

73 Tambien se observó que siguiéndose algunos pleytos en que no hay conclusion, pretextaban las partes que podian recusar, y recusaban con efecto unas veces al tiempo de verse, otras despues de vistos, y á veces tambien quando se querian determinar; y para ocurrir á esta malicia, y á los daños que producia, declaró la *ley* 12. *del prop. tit. y lib.* que la vista del pleyto y treinta dias despues tuviesen el mismo efecto que la conclusion.

74 Esta ley habló solamente de aquellos pleytos que por su naturaleza y calidad se veian y determinaban sin conclusion de las partes, y en ellos permite poder recusar á los Jueces dentro de treinta dias despues de visto el pleyto, y es consiguiente se guarden en esta recusacion las reglas comunes, que estan dadas para las que se ponen ántes de la conclusion.

75 Lo dispuesto en esta ley que fué limitado, como se ha dicho, á los pleytos en que sin conclusion de las partes procedian los Jueces á verlos y determinarlos, se hizo general á todos, aunque se pusiese la conclusion, y por este medio quedó sin efecto este punto y término, que ántes excluia la recusacion en forma comun, y se permitió hacerla y probarla dentro de treinta dias, contados desde que se comenzare á ver el pleyto; y esta fué la nueva disposicion de la *ley* 19, siendo comun en el efecto con las anteriores, que permiten recusar en qualquiera parte y estado del pleyto.

76 Desde este punto de la vista del pleyto y curso de

de los treinta dias empiezan á correr las recusaciones privilegiadas; esto es, las que se ponen por causas nacidas despues de dicho término, ó por otras que aunque existiesen ántes, llegáron nuevamente á noticia de la parte.

77 No fué mas feliz y permanente lo dispuesto en esta última ley que lo mandado en las anteriores, pues se alteró en las partes mas esenciales por la *ley* 21. y por el *auto* 10. *del prop. tit. y lib.*, en donde se manda con uniformidad que las recusaciones se pongan ántes de los quince dias proximos al que se hubiere señalado para votar el pleyto, salvo si las causas hubieren nacido dentro del término de los dichos quince dias. Esta es la primera parte de la disposicion: en la segunda se manda que se observe lo mismo, aunque no se vote el pleyto el dia señalado; y en la tercera se extiende la disposicion al caso en que se votare el pleyto, y se remitiere á mas Ministros, pues entónces solo permite las recusaciones por las causas nacidas despues de la remision.

78 Cotejadas estas últimas leyes con lo dispuesto en la 19, se observa la primera diferencia en que él término de los treinta dias, contados desde que se empezó á ver el pleyto, no impide á los Jueces su determinacion, y pueden darla dentro de los mismos treinta dias.

79 En este supuesto, que es bien notorio y conforme á todos los derechos que instan por la brevedad de las causas, pretendian las partes poner sus recusaciones en forma comun el mismo dia que estaba señalado para votar el pleyto, ó en el que, sin preceder señalamiento, se juntaban los Ministros para determinarlo, motivando las partes que estaban dentro de los treinta dias que se habian fixado por término de conclusion, y que usaban de su libertad y facultad, poniendo la recusacion en tiempo habil para ser admitida sin la calidad de jurar ni probar que las causas hubiesen nacido ó venido nuevamente á noticia de la parte, desde que se empezó á ver el pleyto hasta el dia de la recusacion.

80 De aquí resultaban graves daños, pues se impedia

dia la sentencia, se dilataban los pleytos, y los Jueces que venian instruidos para determinarlos, perdian el tiempo, y necesitaban repetir su estudio y trabajo, al tiempo que se hubiese de votar despues del expediente de la recusacion.

81 Á todas estas malicias se ocurrió con la nueva disposicion de la citada *ley* 21. y del *auto* 10, pues si visto el pleyto fuese señalado dia inmediatamente para votarlo, se tenia por efectiva conclusion desde el primero en que empezasen los quince próximos al señalado, y desde aquel quedaban las partes sin facultad para recusar á los Jueces, salvo por causas nacidas dentro de dichos quince dias, en lo qual se observan dos alteraciones á lo dispuesto en la *ley* 19: la primera no gozar del término de los treinta dias; y la segunda que aun pasados podian recusar, habiendo nacido las causas, ó venido á noticia de las partes despues del lapso de los dichos treinta dias.

82 El señalamiento de los quince dias próximos para votar el pleyto quita la facultad de poner recusaciones en forma comun, y excluye tambien las que se funden en causas nacidas ántes de los dichos quince dias, aunque hubiesen llegado dentro de ellos á noticia de la parte, siendo igual el efecto, aunque no se votase en el dia señalado, y aunque se votase y remitiese.

83 Las mas veces se determinan los pleytos vistos en el Consejo, y en las Chancillerías y Audiencias, sin señalar dia para el voto, y en este caso no se pueden contar los quince dias; pero si se propusiesen recusaciones en el mismo, en que se empezó á votar el pleyto, no deben admitirse segun el tenor de la citada *ley* 21. y del *auto* 10, pues esto fué lo que principalmente se tiró á enmendar, debiendo observarse lo mismo, aunque lo remitiesen. Y he aquí un resumen de lo que dispone nuestra legislacion en quanto á las recusaciones.

IN-

559

ÍNDICE GENERAL

DE LAS COSAS MAS NOTABLES

DE ESTA OBRA.

A

Abogado. Para poder exercer la abogacía, bastaban por derecho Romano cinco años de estudio en derecho civil, pero en España se necesitan diez del mismo estudio. Motivo porque á los graduados de Doctor ó Licenciado en Salamanca, Alcalá y Valladolid, con solo exhibir el grado, les concede el Consejo licencia para abogar. Los graduados en otras Universidades deben tener quatro años de práctica, y en Madrid se requiere además un año de asistencia á la catedra de derecho natural, siendo preciso, para habilitarse de abogado, el exámen y aprobacion del colegio, y la superior del Consejo Real. Providencias que se han acordado para que en las Universidades, al mismo tiempo que se enseñe el derecho Romano, se estudie el de España, cuyos efectos no han correspondido á lo que se esperaba. *Parte primera, capítulo segundo, pág.* 17.

Los abogados tienen obligacion de defender á los que quieran litigar; pero ántes de empeñarse en la defensa han de pedir, y se les debe dar por escrito, razon de todos los hechos, para poderse instruir de la justicia de la causa, y han de continuar en ella hasta la publicacion de probanzas, en cuyo estado, si no resultasen acreditados los hechos, sobre que estriba la defensa, tienen obligacion de desengañar á los interesados, y sobreseer en el pleyto. *P. 1. cap. 10. n. 35. al 38. pag.* 163.

Accion. Del tiempo que debe transcurrir, y requisitos que han de concurrir para la prescripcion de la accion personal y de la real. *P. 2. cap.* 13. *n.* 15. *al* 34. *pág.* 459.

Apelacion: su descripcion, con los efectos que de ella resultan á los litigantes, y á la causa pública. *P. 2. cap. 2. n. 1. al 4. pág.* 238.

Admitida la apelacion por el inferior, se traslada al superior inmediato el conocimiento de la causa. *P. 2. cap. 2. n. 1. pág.* 270.

Fórmula de un recurso de apelacion, presentándose la parte agraviada ante el superior. *Ibi n. 2.*

Si el recurso no viniere acompañado del testimonio de apelacion, el superior no debe llamar los autos, ni avocar la causa, sino que ha de mandar al inferior que dentro de cierto término, que señalará, dé al interesado el testimonio, de la apelacion, conminando al escribano para que lo execute. *Ibi n. 3. y 4. pág.* 271.

Si el Juez inferior no cumpliese con esta órden, acude nuevamente el interesado ante el superior, presentando ó el mismo despacho con los requerimientos que ha hecho, ó solo el testimonio de las notificaciones; y entónces debe mandar el tribunal superior en el primer caso sobrecarta á costa de Juez y escribano, y en el segundo se libra nuevo despacho. *Ibi n. 5. pág.* 271.

Del

560

Del término dentro del qual la parte que apeló debe presentarse ante el superior : que disponian sobre el particular las leyes de las Partidas: qué variacion hiciéron las de la Recopilacion , con las ventajas que de ello han resultado á la causa pública. *P.* 2. *cap.* 3. *n.* 6. *al* 12. *pág.* 271.

La apelacion se puede admitir de estos quatro modos, ó en ambos efectos, ó simplemente sin expresar en qué efecto , ó en quanto haya lugar en derecho , ó en el efecto devolutivo y no en el suspensivo. *Ibi n.* 13. *pág.* 237.

En el primer caso pasan al superior los autos originales , sin que por ello se haga agravio al inferior. *Ibi n.* 14. *al* 17. *pág.* 274.

En el segundo caso la apelacion se entiende admitida en ambos efectos. *Ibi n.* 18. *al* 21. *pág.* 275.

Si la apelacion se admite en quanto ha lugar en derecho , se entiende en ambos efectos. Hay casos que son excepcion de esta regla: quales sean. *Ibi n.* 12. *al* 29. *pág.* 276.

Si la apelacion se admitiere en solo el efecto devolutivo , y el Juez *à quo* executase la sentencia, verificado que fuese , los autos han de subir originales al superior ; pero si la sentencia no estuviere executada, deben subir en compulsa. *Ibi n.* 30. *pág.* 280.

Si los autos fuesen voluntarios , se podrá mandar que , quedándose el Juez *à quo* con testimonio de la sentencia para executarla , remita originales los autos. *Ibi n.* 31. *pág.* 280.

Bien que nunca se ha de mandar que suban los autos originales , si no hubiese alguna particular circunstancia que lo exija. *Ibi. n.* 32. *p.* 280.

La apelacion se ha de interponer dentro de cinco dias , y pasados sin hacerlo , se declarará la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. *Ibi n.* 33. *al* 38. *pág.* 281.

El apelante debe presentarse ante el superior , y reportar la mejora dentro del término que le prefixase el Juez *à quo*. *Ibi. n.* 39. *al* 42. *pág.* 283.

Si la parte no apelare , ó no siguiere la apelacion en los término prescriptos por la ley ó por el Juez , queda enteramente extinguida su accion y facultad para poderlo hacer. *Ibi n.* 43. *al* 57. *pág.* 285.

Consentida la sentencia , ó pasado el término para apelar de ella, puede el Juez proceder á la execucion, sin necesidad de declarar la sentencia por pasada en cosa juzgada. *Ibi n.* 58. *pág.* 289.

Si el Juez eclesiástico no adhiriere á la apelacion , pueden los interesados recurrir al tribunal Real por via de fuerza , para que la otorgue , y éste mandárselo. *Ibi n.* 59. *al* 62. *pág.* 289.

Ante que Juez se ha de solicitar se declare la apelacion por desierta , y la sentencia por pasada en cosa juzgada ; y quando esto se ha de pedir ante el inferior , y quando ante el superior. *Ibi n.* 70. *al* 81. *pág.* 293.

Introducida la apelacion , admitida , y traidos los autos al superior , se deberá acabar esta segunda instancia dentro de un año : que tenian establecido sobre el particular los Romanos : que variacion hizo el derecho canónico y el Español. *Ibi n.* 82. *al* 86. *pág.* 297.

Este año se puede prorogar por las mismas partes. En el dia , radicado el juicio ante el superior , si los interesados no instan , la causa se suspende hasta que haya quien inste ; cuya práctica la autoriza la razon y la equidad. *Ibi n.* 115. *al* 119. *pág.* 306.

En el grado de apelacion pueden los interesados alegar y probar lo

561

lo que no hiciéron en primera instancia, con tal que no sea sobre los mismos artículos ó contrarios á lo articulado; pero bien se les permite producir documentos sobre los mismos, y aun contrarios artículos. *P.* 2. *cap.* 2. *n.* 4. *pág.* 229.

Como la apelacion la justifica el agravio, no se puede apelar *á futuro gravamine*. *Ibi n.* 5. *al* 10. *pág.* 240.

¿Deberá el que apela expresar y probar el agravio, para que la apelacion le sea admitida, ó bastará que se tenga ó sienta por agraviado de la sentencia? *Ibi n.* 10. *al* 13. *pág.* 242.

No se puede apelar de los autos interlocutorios. *Ibi n.* 19. *pág.* 244.

En qué casos las apelaciones serán justas, y quándo frivolas y maliciosas: establécense reglas ciertas para conocer la justicia ó injusticia de la apelacion. *Ibi n.* 17. *y* 18. *pág.* 244.

Casos en que, no obstante la apelacion, debe el Juez executar su sentencia ó auto. Tales son las sentencias que se dan sobre preferencia en las procesiones, sobre excomunion, sobre lo que acuerdan los concejos de los pueblos para su gobierno, sobre lo que mandan los Obispos para mantener la paz y evitar escándalos, y las pronunciadas sobre sepultura, sobre alimentos, &c. *Ibi n.* 39. *al* 65. *pág.* 250.

El término para apelar antiguamente era de dos dias: luego fué de diez; y últimamente la ley de la Recopilacion le restringió al de cinco dias. *Ibi n.* 67. *al* 70. *pág.* 259.

Admitida la apelacion por el superior, cesa la jurisdiccion del Juez *à quo*. *Ibi n.* 71. *pág.* 260.

La apelacion debe ir directamente al tribunal superior mas inmediato. *Ibi n.* 72. *al* 75. *pág.* 261.

Salvo quando por costumbre ó por razon de la quantía sobre que se sufre el pleyto, debiese ir la apelacion al concejo, justicia y oficiales de la ciudad ó lugar. *Ibi n.* 76. *pág.* 262.

En los lugares de las Ordenes Militares la apelacion toca á prevencion, ó á las Chancillerias ó al Consejo de las Ordenes. *Ibi n.* 77. *y* 78. *pág.* 262.

Las apelaciones de los Alcaldes de Corte en asuntos civiles van al Consejo en Sala de Provincia ó á la Saleta. Historia prolixa de lo que sobre el particular ha ocurrido, y las variaciones que ha habido desde la creacion de los Alcaldes de Corte hasta el presente estado. *Ibi n.* 85. *al* 98. *pág.* 265.

Las de los Tenientes de Corregidor de Madrid van tambien al Consejo en Sala de Provincia ó á las Salas de Corte segun su turno. *P.* 2. *cap.* 5. *n.* 1. *y* 2. *pág.* 323.

En este caso no es menester que se formalice la apelacion ante el inferior, sino que puede en derechura presentarse la parte agraviada en el Consejo ó Sala de Alcaldes con el recurso correspondiente, y pedir (segun la entidad y calidad del negocio) ó que el escribano de Provincia entregue en la escribanía de Cámara los autos, ó que vayan á hacer relacion. Utilidades que resultan de este establecimiento. *Ibi n.* 2. *y* 3. *pág.* 324.

Puede tambien la parte agraviada apelar ante los mismos Alcaldes de Corte ó Tenientes de Corregidor, y luego presentarse en el Consejo ó en Saleta, cuyo medio es mas facil y sencillo. *Ibi n.* 27. *pág.* 331.

Si la cantidad, que motiva el pleyto, no excede de trescientos mil maravedís, van las apelaciones á una de las Salas de Corte. En lo an-

562

tiguo eran solo cincuenta mil, luego cien mil, y últimamente trescientos mil maravedis. Al principio formaban la Saleta dos Alcaldes, cuyo nombramiento pendia del Presidente del Consejo; y luego una Sala completa. *Ibi n.* 4. *y* 5. *y del* 14. *al* 19. *pág.* 324. *y* 327.

Excediendo el pleyto de trescientos mil maravedis, la apelacion va al Consejo y Sala de Provincia. *Ibi n.* 5. *pág.* 325.

Si el interes del pleyto no excediere de mil ducados, pasa el escribano de Provincia a hacer relacion: si pasare de esta cantidad, el escribano entrega los autos en la escribanía de Cámara: qué perjuicios se sigan de este abuso; y qué medios se podrian adoptar para corregirlo. *Ibi n.* 6. *al* 19. *pág.* 325.

Admitida la apelacion, debe la parte dentro de seis dias poner en la escribania de Provincia el decreto original del Consejo; y pasados sin hacerlo se declara la apelacion por desierta. *Ibi n.* 25. *pág.* 330.

El remedio de poderse adherir á la apelacion lo estableció el Emperador Justiniano. En España no hay ley que lo autorice, pero la utilidad que de ello resulta á la causa pública, la opinion de los autores Españoles, y la práctica de los tribunales, han hecho que se adoptase en España este remedio. Los efectos que de esto provienen á los litigantes son, que en qualquiera instancia, si se sienten agraviados en alguna parte de la sentencia de que no apelaron, pueden adherirse á la apelacion interpuesta por la contraria, y conseguir con ello la mejora de la sentencia. *P.* 2. *cap.* 6. *n.* 1. *al* 10. *pág.* 340.

Casos en que puede tener lugar este remedio de poder adherirse á la apelacion. *Ibi n.* 16. *pág.* 344.

El tiempo en que la parte debe adherirse á la apelacion, y pedir la reforma de la sentencia en los capitulos en que la haya sido contraria, es quando responda al escrito de agravios. *P.* 2. *cap.* 7. *per tot. pág.* 354.

Los que apelaren no deben decir que los Jueces juzgáron mal; y esto por el honor mismo de los Magistrados. *P.* 3. *cap.* 5. *n.* 16. *pág.* 520.

Arrendamiento Real. Del término dentro del qual se deba admitir la puja del *Quarto*. *P.* 1. *cap.* 10. *n.* 10. *pág.* 156.

Aragon. En su Audiencia estaba ántes mandado que las apelaciones de este tribunal tanto en lo civil como en lo criminal viniesen al Consejo; pero luego se abolió esta disposicion. *P.* 3. *cap.* 5. *n.* 14. *y* 15. *pág.* 519.

C

Caso de Corte, qué cosa sea, quáles sus efectos, y á qué tribunales corresponda y por qué razon. *P.* 3. *cap.* 4. *n.* 10. *al* 27. *pág.* 493.

Cartas Pueblas son los fueros de poblacion, que en el acto de la conquista daban los Reyes a los pueblos. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 20. *pág.* 7.

Compensacion, su difinicion y sus efectos, quándo se entienda conquasada la accion por razon de la compensacion, y qué efectos produzca. *P.* 1. *cap.* 5. *n.* 1. *al* 3. *pág.* 50.

Para la compensacion deben ser de una misma especie y graduacion las cosas que se deban, y siendo de inferior calidad lo ha de suplir el dinero; aunque siempre tendrá lugar entre acreedores de cierta cantidad, y aun de especie, quando por haberse ésta extinguido, ó perdido á daño, se debiese la estimacion. *Ibi n.* 4. *al* 6. *pág.* 53.

En depósitos no cabe compensacion. *Ibi n.* 7. *y* 8. *pág.* 54.

El Rey, comunidades y concejos admiten compensaciones: que ca-

563

casos son excepcion de esta regla. *Ibi n.* 9. *pág.* 54.

En qué tiempos se pueda proponer la compensacion. *Ibi n.* 11. *pág.* 55.

Conclusion de la causa para difinitiva, es manifestar las partes al Juez; que no tienen mas que alegar, ni probar y excitar su jurisdiccion para que sentencie la causa. *P.* 3. *cap.* 11. *n.* 1. *y* 2. *pág.* 180.

En este estado las partes no pueden hacer gestion alguna: porque el intervalo entre la conclusion y la sentencia es todo del Juez. *Ibi n.* 3. *pág.* 180.

Podrán únicamente informar á éste de su derecho y de su justicia. *Ibi n.* 6. *pág.* 181.

El auto, por el que se da la causa por conclusa, es interlocutorio. *Ibi n.* 55. *pág.* 195.

Conclusa la causa, y ántes de la sentencia podrán las partes presentar los documentos que crean conducentes, pero con juramento de que hasta entónces no habian tenido noticia de ellos; y esto porque la equidad dicta que el Juez se instruya por todos los medios posibles de la justicia de la causa. Breve historia de lo que sobre el particular dispone nuestra legislacion antigua y moderna. *Ibi n.* 8. *al* 41. *pág.* 181.

En este caso deberá mandar el Juez: "Á los autos para los efectos "que haya lugar, sin perjuicio de su estado." Y qué es lo que el Juez quiere decir con esta providencia y sus efectos. *Ibi n.* 48. *y* 49. *pág.* 193.

Si por los documentos presentados concibiese el Juez que influyen en el derecho y justicia de quien los presenta, los debe mandar admitir, y dar traslado de ellos á los interesados, suspendiendo dar sentencia, y reponiendo el auto de conclusion. *Ibi* 2. *n.* 51. *al* 53. *pág.* 194.

En uso de este traslado podrán los interesados redargüir de falsos los documentos, y aun impugnarlos: podrán tambien probar que el juramento, que hizo quien los presentó, de haber nuevamente llegado á su noticia, es falso. *Ibi n.* 54. *y* 55. *pág.* 195.

Si despues de la conclusion compareciese un menor pidiendo restitucion, y queriendo presentar documentos, de los quales no habia hecho uso, ó por descuido suyo ó del abogado ó procurador, se le deben admitir quantos presentare. *P.* 1. *cap.* 8. *n.* 71. *pág.* 118.

Con dos escritos por cada una de las partes se da la causa por conclusa, ó bien para prueba ó para sentencia difinitiva. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 1. *al* 3. *pág.* 77.

El traslado que se da al actor del último escrito del reo, se le da para evitar toda malicia en los escritos de éste, y para que aquel se certifique de quanto se le excepciona. *Ibi n.* 4. *al* 19. *pág.* 78.

Aunque las partes, despues de presentados los quatro escritos, no concluyesen, debe el Juez dar el pleyto por concluso; y quál sea el verdadero y genuino sentido que se ha de dar á la ley 2. tít. 5. lib. 4. de la Recop. *Ibi n.* 18. *al* 23. *pág.* 82.

Para que los autos se diesen por conclusos para prueba ó para difinitiva, era ántes preciso que se acusaran tres rebeldías: en el dia basta una sola: porque ántes habia tres términos, y en el dia hay uno solo, y este perentorio. *Ibi n.* 32. *al* 46. *pág.* 87.

Esto se debe observar no solo en el Consejo sino en Audiencias, Chancillerías y demas tribunales. *Ibi n.* 44. *al* 50. *pág.* 91.

Corregidor de Madrid: De las sentencias de éste, y de las de sus Tenientes, se apelaba á la Chancillería de Valladolid: en el año 1636 se mandó que fuesen al Consejo. *P.* 2. *cap.* 5. *n.* 18. *pág.* 328.

564

Contestacion, su difinicion, sus efectos y la fórmula de este libelo. *P.* 1. *cap.* 4. *n.* 1. *al* 5. *pág.* 36.

Nueve dias tiene el reo para contestar la causa: corren desde el dia siguiente á la notificacion. Si el reo estuviere ausente, debe el Juez señalarle término segun lo estimase, atendida la calidad de la persona y distancia del lugar. *Ibi n.* 6. *y* 7. *pág.* 38.

Pasado este término, la ley da la causa por contestada; pero la equidad ha introducido la práctica, de que se deba acusar la rebeldía; con cuya diligencia se tiene al reo por confeso. *Ibi n.* 8. *y* 9. *pág.* 39.

Este término fatal no corre ni al ignorante ni al impedido: porque la presuncion cede á la verdad. *Ibi n.* 9. *pág.* 40.

Tanto por la contestacion presunta como por la real y verdadera queda el reo privado de poder oponer las excepciones dilatorias, ó que tengan fuerza de tales; y quáles sean estas. *Ibi n.* 10. *al* 13. *pág.* 40.

Si el reo en la contestacion confesare llanamente la obligacion, el Juez le condena al pago, cuyo precepto tiene fuerza de sentencia. De quántas maneras se puede hacer esta conocencia de obligacion, y quáles son sus efectos. *Ibi n.* 14. *al* 16. *pág.* 41.

Dada la causa por contestada en rebeldía del reo, tiene el actor dos medios: uno ir con el pleyto adelante: otro el asentamiento: qué cosa sea asentamiento; y sus diferentes efectos en la accion personal y en la real. *Ibi n.* 27. *al* 39. *pág.* 46.

Consejo Real. Establecido el Consejo Real, muchos negocios de las provincias se cometian á personas particulares. Los perjuicios, que de aquí nacian, obligáron á la ereccion de Chancillerías y Audiencias; y con el tiempo á depositar en estos tribunales la autoridad que en el dia exercen. *P.* 2. *cap.* 4. *n.* 36. *al* 39. *pág.* 320.

El Consejo ve y determina los pleytos por su antigüedad. Con este loable objeto está mandado que en cada Sala del Consejo se ponga cada quatro meses una tabla de los pleytos conclusos, para que se vean por su antigüedad. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 5. *pág.* 181.

Para evitar dilaciones maliciosas, tiene tambien mandado el Consejo que no se admita pedimento pidiendo término, sin que esté firmado de letrado. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 30. *pag.* 86.

D

Demanda, su definicion, de qué partes y cláusulas deba constar: su fórmula, con la explicacion de quanto contiene. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 1. *pág.* 22.

Debe encabezarse la demanda en nombre propio del actor, ó en virtud de poder de éste: en qué casos podrá correr, y no será ilusorio el juicio, aunque no conste del poder. *Ibi n.* 2. *al* 8. *pág.* 23.

En la demanda se ha de referir con sencillez y claridad todo el hecho, expresando la causa ó título de donde proceda la accion; y qué ventajas resultan al actor de indicar la causa de donde le nace la accion. *Ibi n.* 10. *al* 13. *pág.* 27.

En el escrito de la demanda la conclusion es la que determina y señala la accion que elige el actor; si bien no debe el Juez ligarse á lo material de las palabras. *Ibi n.* 13. *al* 15. *pág.* 28.

De quántas maneras pueden las partes excederse en sus demandas: en qué penas incurrian antiguamente por derecho Romano, cuyo rigor templáron las leyes de las Partidas. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 16. *al* 20. *pág.* 29.

En

565

En las obligaciones alternativas, cuya eleccion es propia del reo, aunque el actor pida determinadamente una cosa, la causa pública exîge que el Juez supla el defecto que contiene la conclusion. *Ibi n.* 21. *y* 22. *pág.* 30.

Qué cosa sea, y el valor que tiene el auto de traslado que se provee, quando se presenta la demanda. *Ibi n.* 33. *al* 37. *pág.* 34. *y en el cap.* 4. *n.* 5. *pág.* 38.

Dada esta por contestada en rebeldía del reo, tiene el actor dos medios: uno ir con el pleyto adelante: otro el asentamiento. Qué cosa sea asentamiento, y sus diferentes efectos en la accion personal y en la real. *P.* 1. *cap.* 4. *n.* 31. *al* 35. *pág.* 47.

E

Eclesiásticos. Si el Juez eclesiástico no admitiere la apelacion, pueden los interesados recurrir al tribunal Real por via de fuerza para que la otorgue, y este puede mandárselo. *P.* 2. *cap.* 3. *n.* 59. *al* 62. *pág.* 289.

Escribanos. Los de número del Corregimiento de Madrid, por privilegio especial del Señor D. Felipe IV. son los únicos que en Madrid pueden otorgar las escrituras de fundaciones de mayorazgos, ventas y qualesquiera otras de perpetuidad. *P.* 2. *cap.* 5. *n.* 18. *al* 22. *pág.* 328.

Si por apelacion fuese á Saleta ó al Consejo el pleyto que ante ellos se siguiere, deben ir á hacer relacion. *Ibi n.* 18. *pág.* 328.

Pero si alguno de los interesados pidiere que el escribano entregue los autos en la escribanía de Cámara, se manda así, aunque con la condicion de por ahora, y sin perjuicio del privilegio y de los derechos del escribano de número. *Ibi n.* 21. *pág.* 329.

Qué perjuicios se siguen de esta práctica, y qué medios se debian adoptar para su remedio. *Ibi n.* 22. *pág.* 329.

Escrituras. Quál sea la escritura llamada matriz, protocolo ó registro, quál la escritura original, qué especie de prueba hacen estos instrumentos y contra quiénes. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 54. *al* 56. *pág.* 195.

Si al que presenta una escritura, se le negase que el escribano que la autorizó fuese tal, le incumbe la prueba á quien la presenta; pero si se le arguyese que la escritura es falsa, debe probar la falsedad quien se la objeta. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 7. *al* 12. *pág.* 181.

De qué medios se han de valer los interesados para probar la falsedad de una escritura: qué número de testigos se necesita; y cómo se deben conciliar las leyes 32. y 117. tit. 18. Part. 3. *Ibi n.* 68. *al* 77. *pág.* 544.

Las escrituras y qualesquiera otros documentos se pueden presentar en todos los estados que tuviere el pleyto, como sea ántes de la sentencia: cómo esto se deba hacer. Véase la palabra *Conclusion.*

Para que la escritura traiga aparejada execucion, es preciso que contenga cantidad líquida. *P.* 3. *cap.* 2. *n.* 19. *pág.* 480.

Execucion. El derecho para poder executar las sentencias que hubiesen pasado en autoridad de cosa juzgada, si la accion es personal, se prescribe por veinte años: si real por treinta; cuyo término corre desde el momento en que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. *P.* 2. *cap.* 13. *n.* 15. *al* 34. *pág.* 459.

566

F

Fuero Juzgo: este Código se formó de órden del Rey Egica, uniendo en un solo cuerpo las varias colecciones hechas por los Reyes Sisenando, Receswinto y Hervigio, añadiéndole las leyes que corrian sueltas. Se revisó, aprobó y publicó este Código en el Concilio XVI. de Toledo: la equidad y justicia de sus leyes le grangeó la estimacion pública de aquel tiempo; y conservó toda su autoridad entre los Españoles aun despues de la irrupcion de los Arabes. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 9. *al* 15. *pág.* 4.

El Fuero Real es el tercer Código de las leyes de España: lo publicó el Rey Don Alonso el Sabio con la mira de preparar los ánimos para la admision de las leyes de las siete Partidas. *P.* 1. *cap.* 5. *n.* 17. *al* 19. *pág.* 6.

Quándo debamos atender á lo que disponen las leyes del Fuero Real en la determinacion y decision de los pleytos. *Ibi n.* 43. *al* 45. *pág.* 14.

Fueros municipales se llaman los que se dan para el gobierno de cada ciudad ó pueblo: generales los que se establecen para el gobierno de todo un territorio ó provincia: motivo porque se publicaban en los Concilios: unos y otros se daban á los pueblos en el acto mismo de la conquista. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 1. 20. *y* 21. *pág.* 7.

La disposicion de estos fueros nunca puede ser preferida á las leyes de la Recopilacion en la determinacion de los pleytos: podrán serlo á las de las siete Partidas; y para que lo sean, qué circunstancias deben concurrir. *Ibi n.* 39. *al* 42. *pág.* 13.

Fuero. El actor debe siempre seguir el fuero del reo; pero si hallase que el Juez de este le es sospechoso, le competen dos remedios para buscar uno que le sea imparcial, ó bien representando al Consejo las justas causas de la sospecha, ó acudiendo á las Chancillerías ó Audiencias por caso de corte. *P.* 1. *cap.* 6. *n.* 19. *y* 20. *pág.* 62.

G

Granada. Los heredamientos y cortijos del reyno de Granada no se pueden dehesar, salvo los concedidos por merced de los señores Reyes; cuya resolucion, aunque particular para este solo reyno, es ley general para las demas provincias de España. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 46. *al* 49. *pág.* 92.

Godos: Su entrada en España: cómo se enseñoreáron de ella: cómo empezáron á cimentar su legislacion aboliendo la Romana, hasta imponer pena de muerte al que alegase las leyes de ésta. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 5. *al* 9. *pág.* 7.

H

Herencia: si se toma á beneficio de inventario, el heredero conserva todas las acciones que tuviere contra ella. *P.* 1. *cap.* 6. *n.* 3. *pág.* 56.

Qué acciones competan al heredero para recobrar lo que le debia el difunto, y quál deba elegir por mas ventajosa y útil. *P.* 1. *cap.* 12. *n.* 22. *al* 26. *pág.* 202.

Los herederos suceden por iguales partes en el todo de la herencia; salvo si otra cosa dispusiere el testador. *P.* 2. *cap.* 8. *n.* 30. *pág.* 368.

De

567

De aquí nacen dos efectos: uno que aunque el orígen del derecho de los herederos sea uno mismo, pueden estos estimarse como personas diversas por lo que mira á la sucesion: otro que el heredero únicamente puede ser reconvenido á prorata. *Ibi n.* 31. *al* 34. *pág.* 368.

J

Juez. En la decision de los pleytos únicamente debe atender á la buena fe y verdad que resulta de los autos. *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 14. *y* 15. *pág.* 29.

Qué diferencia hay entre el Juez mero, y el mixto executor: de qué excepciones podrán conocer, y de quáles no: si podrán admitir á los terceros coadyuvantes ó excluyentes, que no habiendo litigado en el juicio principal, salen despues en el acto de la execucion de la sentencia. *P.* 3. *cap.* 2. *n.* 1. *al* 9. *pág.* 473.

Quando la sentencia comprehende la condena de frutos é intereses, cómo estos se deben probar por las partes, y ante que Juez. *Ibi n.* 12. *al* 18. *y del* 26. *al* 28. *pág.* 478.

El que sea Juez executor de alguna sentencia, debe ajustar sus procedimientos al cumplimiento exácto de la cosa juzgada, guardando religiosamente las leyes que previenen las solemnidades y órden, con que se ha de proceder en la execucion. Si se presentaren terceros opositores, alegando de su derecho á la cosa que se vendiere para dar cumplimiento á la dicha sentencia, cómo ha de proceder el Juez en la oposicion de estos: quándo deba suspender la execucion, y quando no. *P.* 3. *cap.* 1. *per tot. pag.* 466.

Quántas especies haya de Jueces executores: sus providencias quándo serán apelables, debiendo ellos adherir á la apelacion, y sobreseer en el negocio, y quándo no; y últimamente en qué equivocaciones han incurrido los autores por falta de crítica, y por no consultar las mismas leyes. *P.* 3. *cap.* 3. *n.* 1. *al* 25. *pág.* 483.

Juicios: en los executivos, aunque el Juez inferior no haya observado el órden que prescriben las leyes, no obstante si de autos constare plenamente la deuda, debe el tribunal superior, despreciando solemnidades, condenar al deudor á que pague *P.* 1. *cap.* 3. *n.* 23. *pág.* 31.

En los juicios sumarios y executivos no se admiten excepciones dilatorias, ni perentorias que pidan prolijo exámen, á ménos que las partes se ofrezcan á probarlas *incontinenti*. *P.* 2. *cap.* 1. *n.* 5. *y* 6. *pág.* 455.

L

Leyes. Del valor que en el dia tienen nuestros Códigos legislativos: de su observancia en los tribunales; y de su preferencia en la substanciacion y determinacion de los pleytos. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 1. *al* 4., *del* 30. *al* 32., *y del* 37. *al* 47. *pág.* 1.

Se deben observar, y hacer guardar las leyes por los Magistrados, sin que se pueda alegar que no estan en práctica. Breve analisis de las leyes promulgadas para desterrar la opinion de que la práctica de los tribunales ó el no uso deroga la ley. *P.* 1. *cap.* 11. *n.* 2. *al* 30. *pag.* 184.

Quando la ley señala término para algun acto, se entiende que prohibe hacerlo pasado dicho término. *P.* 1. *cap.* 8. *n.* 39. *al* 42. *pág.* 108.

El segundo Código de leyes de España se compuso de órden del Con-

568

Conde Don Sancho García por los años de 995 al 1000: en él se recapituláron todos los usos y costumbres de Castilla, y las sentencias ó fazañas de los Reyes; y tuvo su observancia hasta la publicacion del Ordenamiento de las cortes de Alcalá, hecho por Don Pedro el Justiciero. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 15. *al* 17. *pág.* 6.

Las leyes del estilo son declaratorias del Fuero Real, por cuya razon deben reputarse por parte de este Código. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 19. *pág.* 7.

Las leyes de las siete Partidas las mandó componer Don Alonso el Sabio: no se publicáron hasta tiempo de Don Alonso XI. Era de 1336. *Ibi n.* 23. *pág.* 8.

Las leyes de Toro se publicáron en el año 1505. *Ibi n.* 25. *pág.* 9.

Las del Ordenamiento Real se arregláron por los Reyes católicos: qué trabajo puso en ello el Doctor Diaz Montalvo. *Ibi n.* 23. *al* 24. *pág.* 9.

Las leyes de la nueva Recopilacion, aunque este Código lo mandó formar el Emperador Cárlos V., no se publicáron hasta el reynado de Felipe II: quiénes interviniéron en esta obra. *Ibi n.* 26. *y* 27. *pág.* 9.

Los autos acordados, que son parte de la Recopilacion, no se recopiláron hasta el año 1745 reynando Felipe V. *Ibi n.* 28. *pág.* 10.

Todo el valor de las leyes pende de la sola voluntad del Soberano, no de la aceptacion del pueblo. La no observancia en nada debilita la fuerza de la ley. *Ibi n.* 32 *y* 33. *pág.* 11.

Litigantes. Quando la accion de muchos es una misma, deben conformarse en un solo procurador, y esto para abreviar los pleytos. *P.* 1. *cap.* 7. *n.* 3. *cap.* 77.

M

Menores: los bienes de estos vendidos en almoneda, si se presenta alguno ofreciendo mucho mayor precio, les compete la restitucion. Dentro de qué tiempo deba ser esto, y el mas precio que por ello se ha de ofrecer, todo pende del arbitrio del Juez. *P.* 1. *cap.* 10. *n.* 11. *pág.* 157.

Muzárabe. El Oficio ó Rezo Muzárabe lo compuso San Isidoro, y se llama así, por haberlo usado los Christianos, estando sujetos al dominio Arabe. *P.* 1. *cap.* 1. *n.* 12. *pág.* 5.

O

Obispos: Constantino les concedió la grande preeminencia de que los fieles pudiesen llevar á sus tribunales los pleytos civiles, aun quando ya estuviesen sentenciados por el Juez Real: que de sus sentencias no se pudiese apelar: que conociesen como árbitros, no como Jueces: motivo porque sus sentencias las mandaba executar el Juez Real, no el Obispo; cuya preeminencia confirmáron los Emperadores Honorio y Teodosio. *P.* 2. *cap.* 4. *n.* 26. *al* 34. *pág.* 317.

P

Prueba. Conclusa la causa, se recibe á prueba, la qual únicamente se debe hacer de los hechos que conduzcan á descubrir la verdad y el derecho de los interesados: si aquellos están acreditados, ó por confesion de estos ó de otra manera, no tendrá lugar la prueba. *P.* 1. *cap.* 8. *n.* 1. *y* 2. *pág.* 94.

La

569

La prueba, quando las leyes la mandan, es de esencia del juicio; esto es, la prueba no toca al órden del juicio sino al de la justicia. De aqui es que aunque se omita, si las partes lo consienten, la sentencia no será nula. *Ibi n.* 3. *pág.* 96.

El término de prueba, si se ha de hacer de los puertos acá, es de ochenta dias, si de los puertos allende de ciento y veinte: qué disponian sobre el particular las leyes de las Partidas; y qué ventajas han resultado á la causa pública de lo nuevamente mandado por la ley recopilada. *Ibi n.* 4. *al* 9. *pág.* 96.

El Juez atendida la gravedad de la causa, calidad de las personas, y distancia del lugar donde se ha de hacer la prueba, puede restringir el término; aunque siempre deberá ser indulgente en prorogarlo hasta el de la ley. *Ibi n.* 10. *y* 11. *pág.* 97.

En qué términos y por qué órden de preguntas deben los litigantes formar sus interrogatorios. *Ibi n.* 13. *pág.* 98.

Fórmula del pedimento que ha de acompañar al interrogatorio. *Ibi n.* 13. *pág.* 99.

El interrogatorio se compone de diferentes artículos, unos generales, otros especificos, virtuales ó tácitos; y qual sea la definicion propia de cada uno. *Ibi n.* 16. *al* 20. *pág.* 100.

Quando se deba hacer la publicacion de probanzas. *P.* 1. *cap.* 10. *n.* 1. *al* 12. *pág.* 154.

El Juez de oficio no puede mandarla hacer: es preciso que alguno de los interesados se lo pida. *Ibi n.* 13. *al* 16. *pág.* 158.

Si alguna de las partes pidiere la publicacion de probanzas, y el Juez lo negare, este auto es apelable. *Ibi n.* 21. *pág.* 160.

Si la parte no apelare, y el Juez pronunciare sentencia difinitiva, será esta válida, porque la publicacion de probanzas no mira al órden de la justicia sino al del juicio. *Ibi n.* 22. *pág.* 160.

Si pasado el término de prueba, la parte no pidiere la publicacion de probanzas, y el Juez pasare á dar sentencia difinitiva, si se apelare de la sentencia sobre lo principal, solo el superior deberá conocer de ello; pero si se apelare del atentado, deberá este reponer el agravio, y volver los autos al inferior, para que haciendo publicacion de probanzas, admita las defensas, y los sentencie. *Ibi n.* 25. *y* 26. *pág.* 161.

Si pasado el término de prueba, alguna de las partes pidiere la publicacion de probanzas, el Juez debe dar traslado; y por qué. *Ibi n.* 27. *al* 29. *pág.* 161.

Porque se haga la publicacion de probanzas. *Ibi n.* 34 *pág.* 163.

Pasado el término de prueba, y hecha publicacion de probanzas, no pueden las partes probar su intencion en la primera instancia. *Ibi n.* 46. *pág.* 166.

Ni en las ulteriores lo podrán hacer sobre los mismos artículos propuestos en la primera, ú otros que lo fueren contrarios, salvo en algunos casos; y quales sean estos. *Ibi n.* 49. *al* 60. *pág.* 167.

R

Reconvencion: es una nueva demanda que pone el reo al actor. *P.* 1. *cap.* 6. *n.* 1. *pág* 56.

El reo por la reconvencion se hace actor, y el que ántes era actor se hace reo: debe intentarse ante el mismo Juez aunque no lo sea del

570

actor : qué utilidades se sigan de este establecimiento. *Ibi n.* 6. *al* 12: *del* 22. *al* 26. *pág.* 57.

Y esto aunque el pleyto sea entre legos con clérigos, siendo sobre asuntos profanos. *Ibi n.* 8. *y* 29. *pág.* 58. *y* 66.

Se debe proponer la reconvencion en el perentorio término de veinte dias ; y no lo haciendo, debe el reo usar de su accion separadamente. *Ibi n.* 31. *y* 32. *pág.* 67.

En los juicios executivos no tiene lugar la reconvencion ; y sí lo tendrá quando el interes del reo se proponga como excepcion, esto es como compensacion : se habrá de proponer dentro del término de la oposicion, y justificarse en los diez dias que prescribe la ley. *Ibi n.* 35. *al* 39. *pág.* 68.

Propuesta y despreciada la reconvencion en estos juicios, finalizada la execucion, se habrá de proponer como qualquiera otra demanda ante el Juez del reo. *Ibi n.* 50. *al* 55. *pág.* 73.

Recurso de injusticia notoria, de qué partes deba constar en su principio, en su progreso y en su fin. *P.* 3. *cap.* 5. *n.* 1. *al* 3. *pág.* 514.

En los pleytos que por su naturaleza tiene lugar la segunda suplicacion, no lo tendrá este recurso. *Ibi n.* 4. *pág.* 514.

Para poder introducir este recurso, es preciso que preceda fianza: bastaba ántes la de cincuenta mil maravedis : en el dia es preciso la de quinientos ducados. *Ibi n.* 4. *al* 18. *pág.* 514.

Hasta el año de 700. de qualquiera sentencia que diesen las Chancillerías ó Audiencias tenia lugar el recurso de injusticia notoria, y venia al Consejo en Sala de Gobierno. En este mismo año se mandó que no se admitiese este recurso en los pleytos, en que por su naturaleza tenia lugar la segunda suplicacion ; y que hubiese de preceder el depósito de los cincuenta mil maravedis. *Ibi n.* 5. *al* 9. *pág.* 515.

Este recurso se ve y determina por los mismos autos, sin nuevas alegaciones, probanzas, ni documentos. *Ibi n.* 10. *y* 11. *pág.* 518.

Si seria útil que se admitieran nuevas pruebas. *Ibi n.* 12. *y* 13. *pág.* 519.

Quándo empezó esta especie de recurso á llamarse de injusticia notoria. *Ibi n.* 21. *y* 22. *pág.* 523.

La parte que introduce este recurso, no necesita probar que la sentencia es notoriamente injusta, bastará que acredite solamente que es injusta. *Ibi n.* 23. *al* 41. *pág.* 524.

La iniquidad y la injusticia son la causa que motiva este recurso. Los Jueces para graduar la injusticia, no se deben detener en las primeras nociones que presentan los autos, sino que han de exâminar intrínsecamente la justicia ó injusticia por los mismos hechos. *Ibi n.* 41. *al* 46. *pág.* 529.

Siempre y quando hubiese duda, ó en los hechos no estuviese clara la disposicion de la ley, se ha de despreciar el recurso. *Ibi. n.* 47. *pág.* 531.

Si la sentencia de revista, que motiva el recurso, contiene varios capítulos, y el recurso se justifica en unos y no en otros, para poderse declarar si tiene ó no lugar la pena de los quinientos ducados, es menester atender á si se revoca ó no en parte substancial ; aunque esta declaracion pende siempre de los señores del Consejo. *Ibi. n.* 48. *y* 49. *pág.* 531.

No

571

No hay término prescripto para introducir estos recursos. Para evitar inconvenientes, se debia señalar el valor de la causa, para que se admitiesen, y prefixar el término dentro del qual debiesen hacerlo. *Ibi n. 50. y 51. pág. 532.*

Estos recursos son de dotacion de la Sala Segunda de Gobierno, sin distincion. *Ibi. n. 59. pág. 535.*

Se deben ver y determinar con quatro Ministros. *Ibi n. 65. pág. 536.*

Recusacion. El recusar al Juez es un medio del qual se vale la parte para defender sus derechos. Antiguamente para la recusacion no se requeria juramento de parte, ni que se expresase la causa. *P. 3. cap. 6. n. 1. al 4. pág. 538.*

Para recusar á un Juez ordinario, basta el juramento de la parte; cuya práctica se debia abolir. *Ibi n. 6. al 12. pág. 539.*

Si el Juez fuere eclesiástico, se ha de expresar la causa, y probarse ante árbitros. *Ibi n. 17. pág. 542.*

Por la recusacion el Juez delegado queda separado enteramente de la causa: el Juez ordinario no, pero se le nombra acompañado. *Ibi n. 23. al 27. pág. 544.*

Para recusar á un Ministro de un tribunal superior, es menester que se exprese la causa: que esta sea justa; y que se pruebe. En qué pena incurrirán los litigantes en el primer caso de no estimarse la causa por bastante, y en qué pena por no probarla; pero esta varia segun la graduacion del Ministro que se recusa. *Ibi n. 14. pág. 541.*

Quiénes puedan recusar: qué poder necesiten los procuradores; y dentro de qué término, y en qué estado de los autos deban executarlo. *Ibi n. 43. al 49. pág. 549.*

Restitucion. A quienes competa el privilegio de restitucion, para poder probar pasado el término de prueba: qué motivos hubo para ello: dentro de qué término, y qué circunstancias deban concurrir para que puedan usar y aprovecharse de este remedio; y qué tiempo se les concederá para poderlo hacer. *P. 1. cap. 9. per tot. pág. 127.*

S

Sentencia. Conclusa legítimamente la causa, debe el Juez dar su sentencia en el término que señalan las leyes. *P. 1. cap. 12. n. 1. al 3. pág. 196.*

El Juez ha de atender siempre á la verdad que resulte de autos, sin detenerse en fórmulas escrupulosas. *Ibi n. 4. al 8. pág. 196.*

Medios de buscar la verdad. *Ibi n. 8. pág. 198.*

La sentencia no debe darse con celeridad, pues seria en este caso nula; pero no hay término señalado para calificar la precipitacion, y se reserva al arbitrio judicial, atendidas las circunstancias de la causa. *Ibi n. 9. al 12. pág. 198.*

Debe preceder citacion. *Ibi n. 13. pág. 199.*

Por la sentencia se acaba el juicio con respecto al Juez que la dió, y espira su jurisdiccion. *Ibi n. 15. pág. 200.*

Ha de ser conforme al libelo en las acciones, en las personas y en las cosas. *Ibi n. 16. pág. 200.*

Las que no se producen en el juicio quedan reservadas y expeditas para usar de ellas en otro. *Ibi n. 20. y 21. pág. 201.*

Pa-

572

Para que la sentencia cause perjuicio á las personas que no litigáron, basta que las representen por los respectivos títulos que señalan las leyes. *Ibi n.* 39. *al* 51. *pág.* 206.

De la forma en que se deben concebir y extender las sentencias. *Ibi n.* 70. *pág.* 215.

La nulidad de la sentencia puede intentarse como accion directa por sí sola, ó acompañada de la apelacion, ó por incidencia de la misma. *P.* 2 *cap.* 1. *n.* 2. *y* 5. *pág.* 216.

Fórmulas por donde se conocen y distinguen las acciones directas ó incidentes de la nulidad. *Ibi n.* 3. *y* 4. *pág.* 216.

Puede introducirse ante el Juez que dió la sentencia, ó en el tribunal superior; y se declara ser este el medio mas ventajoso. *Ibi n.* 13. *al* 39. *pág.* 219.

La sentencia declaratoria de la nulidad, ó la contraria en que se estima no haberla, es apelable. *Ibi n.* 36. *pág.* 226.

La instancia de nulidad no impide el curso de la causa principal. *Ibi n.* 40. *al* 66. *pág.* 127.

Es conveniente apelar al mismo tiempo, en el que señalan las leyes, de la sentencia, cuya nulidad se pretende. *Ibi n.* 67. *al* 70. *pág.* 236.

Tiene eleccion la parte agraviada para usar separadamente de la nulidad y de la apelacion. *Ibi n.* 71. *al* 73. *pág.* 337.

Medios y modos por donde se viene á declarar la autoridad de la sentencia en cosa juzgada. *P.* 2. *cap.* 4. *n.* 1. *pág.* 310.

Tres sentencias conformes de qualesquiera tribunales que sean hacen cosa juzgada. *P.* 2. *cap.* 4. *n.* 2. *al* 5. *pág.* 310.

No se puede apelar tercera vez de la sentencia, y por esta razon la última causa executoria, aunque sea diversa de las anteriores. *Ibi n.* 4. *al* 7. *pág.* 311.

Algunas son executivas, aunque no causen executoria, y otras la producen con sola una sentencia. *Ibi n.* 8. *y* 9. *pág.* 311.

Las apelaciones y súplicas, que se interpongan de la sentencia, se han de fundar en agravio considerable. *Ibi n.* 11. *pág.* 312.

En la sentencia de vista ponen algunas veces los tribunales superiores la calidad, de que se execute *sin embargo*. Qué efectos cause esta clausula, y medios de que pueden valerse las partes para suplicar. *P.* 2. *cap.* 11. *n.* 4. *al* 23. *pag.* 413.

Las sentencias que se han de executar, por haber pasado en cosa juzgada, corresponden al Juez de primera instancia, aunque el superior las haya revocado. *P.* 2. *cap.* 12. *per tot. pág.* 441.

Segunda suplicacion. Causas en que puede tener lugar por su origen de caso de Corte, y por su entidad, determinada últimamente con aumento y declaracion de las leyes anteriores, que tratan de este remedio. *P.* 3. *cap.* 4. *n.* 3. *al* 11. *pág.* 492.

Las sentencias de tenuta, aunque el pleyto sea de mucha entidad, no admiten súplica, ni ménos segunda suplicacion. *Ibi n.* 32. *pag.* 501.

En la segunda suplicacion no se admiten nuevos instrumentos, probanzas ni alegaciones, aunque se use de la restitucion. *Ibi n.* 33. *pág.* 502.

Medios de presentarlos, y de que sean recibidos. *Ibi n.* 38. *y* 39. *pág.* 503.

Término en que se ha de introducir la segunda suplicacion: si ha de empezar á correr desde el dia en que se da la sentencia de revista:

si

573

si basta la notificacion hecha al procurador, ó si es necesario hacerla á la parte, con lo demas que en este artículo se ha innovado por las últimas resoluciones de S.M. á consulta del Consejo pleno, con otras especialidades tocantes á esta materia. *Ibi n.* 42. *y siguientes, pág.* 505.

Dada la sentencia en el grado de segunda suplicacion, se devuelven los autos originales á las Chancillerías ó Audiencias, con certificacion de la misma sentencia, para que allí la executen. Beneficio que de esta novedad resulta al público; y motivos por qué la introduxo el Consejo. *P.* 2. *cap.* 12. *n.* 21. *al* 24. *pág.* 448.

T

Tachas. Poner tachas á los testigos, es decir que tienen defectos, que les hacen desmerecer de su fe. *P.* 1. *cap.* 10 *n.* 38. *pág.* 164.

Antes bastaba que las tachas se expusiesen generalmente. En el dia para ocurrir á la malicia, está mandado que la tacha sea legítima, y se individualice. *Ibi n.* 39. *y* 40. *pág.* 164.

La aprobacion tácita que induce el silencio de la parte que presenció y vió jurar á los testigos de la contraria, basta para no poder luego tacharlos. *Ibi n.* 44. *pág.* 166.

Sobre tachar los testigos, qué es lo que tenia dispuesto el derecho canónico: qué el derecho de las Partidas: qué utilidades á primera vista parece resultan de estas disposiciones: qué variacion sobre dichos particulares introduxéron las leyes recopiladas, procurando la mayor brevedad en los pleytos, el interes de las partes, y seguridad en la administracion de justicia. *Ibi n.* 47. *al* 66. *pág.* 166.

El término, para poder decir y alegar las tachas, es el de seis dias, que empiezan á correr desde que se notifica el auto de publicacion de probanzas. *Ibi n.* 67. *al* 69. *pág.* 171.

Alegadas y puestas las tachas, el Juez sin dar traslado las recibe á prueba. *Ibi n.* 72. *pág.* 172.

Si litigare algun menor ú otro privilegiado, obrará con prudencia el Juez, suspendiendo mandar recibir la causa á prueba de tachas hasta pasados quince dias, que es el término de la restitucion. *Ibi n.* 74. *al* 84. *pág.* 173.

Si pendiente el término de los quince dias, mandare el Juez recibir la causa á prueba de tachas, y se presentare el menor ó el privilegiado, pidiendo restitucion del término de prueba, se puede suspender el de tachas, correr el de la causa principal; y hecha la publicacion de prueba, empezar el de tachas. *Ibi n.* 77. *al* 87. *pág.* 174.

El término, dentro del qual se han de probar las tachas, no puede exceder de quarenta dias *Ibi n.* 90. *pág.* 177.

Terceros opositores: los hay coadyuvantes y excluyentes: los primeros se estiman por una misma persona con la del principal que litiga. *P.* 2. *cap.* 8. *n.* 6. *y* 7. *pág.* 361.

Pueden salir á la causa en qualquiera estado que se halle, ya sea en primera, ya en segunda ó mas instancias. *P.* 2. *cap.* 9. *n.* 3. *pág.* 374.

No pueden suspender el curso de la causa, retroceder, alegar, ni probar pasado el término de prueba, comprobando todo esto con exemplos para la mas fácil inteligencia. *Ibi n.* 3. *al* 7. *pág.* 374.

Puede salir este tercero en la via executiva, oponer las excepciones

574

correspondientes, y si el principal desistiese, puede el tercero continuar su accion y derecho. *Ibi n.* 7. *pág.* 375.

Los coadyuvantes de segundo órden pueden tambien hacer lo mismo que los de primero. *Ibi n.* 8. *pág.* 375.

Pero todos deberán tomar el pleyto en el estado en que se hallare. *Ibi n.* 9. *pág.* 376.

Quiénes vengan comprehendidos baxo el nombre de terceros coadyuvantes. *Ibi. n.* 18. *y* 19. *pág.* 379.

Aunque estos deban tomar la causa en el estado en que la hallaren, pero luego son partes formales del juicio, y pueden hacer todas las gestiones que estimen oportunas. *Ibi n.* 22. *y* 23. *pág.* 380.

Consentida la sentencia por los principales, por no haber apelado, si llegase á noticia de los terceros, si podrán estos apelar; y si esta apelacion aprovechará á los principales; y si la sentencia causare estado, por ser ya la tercera, si podrán ellos venir al pleyto y reclamar su derecho. *Ibi n.* 27. *al* 73. *pág.* 382.