

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ

Catedrático de Derecho Romano. Universidad de Oviedo

**EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO
DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA DE UN ABOGADO
OVETENSE, A FINALES DEL SIGLO XVII.**

**(*REPLICATIONES ET PROBATIONES
INSTRUMENTORUM* EN LA VÍA EJECUTIVA)**

“Hallen en tí (el juez) más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico”.
(El Quijote, de Miguel de Cervantes).

Pretendemos con esta comunicación dar a conocer, en primer lugar, un informe jurídico elaborado por un profesional de la abogacía ovetense, formado en sus Aulas en el último cuarto de siglo de la décimo séptima centuria, cuyo carácter manuscrito, unido a la escasez de fondos documentales, provenientes de las aulas asturianas con anterioridad a 1934, presentar un valor singular para el estudioso de la recepción del Derecho Romano que desarrolla su labor en el Principado de Asturias. En segundo lugar, el contenido de la alegación jurídica permite observar el método de redacción de los documentos presentados ante los tribunales hispanos en la Edad Moderna y la especial incidencia del fundamento normativo basado en la tradición romanística.

Analizamos una “*allegatio iuris*”, encuadrada en el código 115, depositado en la Biblioteca General de la Universidad de Oviedo, cuya datación genérica corresponde al siglo XVII¹. Dividiremos el trabajo en los siguien-

¹ Todos los manuscritos de la Biblioteca Universitaria de Oviedo han sido descritos por el bibliotecario D. Ramón Rodríguez Álvarez, quien refiere al respecto: “Mateo Pañeda Heral (sic) Leyguarda. *Allegationes Juris. Del Liçençiado Don Matheo Pañeda Hera (sic) Lleyguarda: Vezino y Abogado de esta Ciudad de Oviedo. s. XVII. 303 fols., 310 205. Enc.: Pergamino con correillas, de la época, 325 * 230. Tejuelo: Allegationes Juris. En los fols. 1 y 2, Indice de dichas Alegaciones.*

tes apartados: 1. Autor. 2. Datación del manuscrito. 3. Género literario empleado. 4. Materia del informe jurídico. 5. Fuentes normativas y doctrina precedente, utilizadas en la alegación. 6. Síntesis de su planteamiento interpretativo. 7. Valoración final.

1. Autor

Pocos datos tenemos de Mateo Pañeda Teral Leyguarda. Tan sólo podemos afirmar que era hijo de Alonso de Pañeda² y de María González³. El primero, hidalgo de origen, aunque de oficio ferrador⁴, al trasladarse a Oviedo, bien desde su lugar de origen, Pola de Siero, bien de otra localidad, tuvo que acreditar la hidalgía⁵, como se le exigió en el padrón municipal ovetense de 1670⁶.

Foliación moderna a lápiz. Foliación antigua con errores. De acuerdo con la foliación antigua salta del folio 180 al 211 y de la alegación 21 a 24". Cf. RODRIGUEZ ALVAREZ, R., *Manuscritos de tema asturiano de la Biblioteca Universitaria de Oviedo*, en *Boletín del IDEA* 112 (1984) 827. El resto de alegaciones se refieren al Derecho Canónico.

² El único dato contrastado de su biografía es el nacimiento en Pola de Siero el 6 de enero de 1628, y era hijo de Alonso Pañeda, zapatero, y de Isabel de Cuesta, su mujer, siendo bautizado en la parroquia de San Pedro de esta localidad asturiana: Archivo Parroquial de San Pedro. Pola de Siero. Libro primero de bautizados de 1627 a 1667, fol. 10v. Tuvo una hermana de nombre Luisa, nacida el 12 de junio de 1635. Otros personajes con el apellido Pañeda aparecen en dichos asientos, como Juan de Pañeda, viejo y el mozo, y sus descendientes, de nombre Domingo, Marta, Luisa, Magdalena y Sebastián.

³ Ignoramos la fecha de fallecimiento de la madre, porque María González se reitera en los asientos del libro de difuntos de la parroquia, entre 1692 y 1698, como lo acredita el fol. 166r: María Gonzalez, agosto 1692, o fol. 175r: A 26 de junio de 1693, María González.

⁴ En el Archivo de la parroquia de San Isidoro. Oviedo, Libro primero de bautizados (1632-1669), figura al fol. 265r el bautismo efectuado el 31 de julio de 1666 de una niña, de nombre Ana, hija de Sebastián de Vigil y de Ana de Pañeda, de la cual es su padrino, Alonso de Pañeda, herrador, por lo que entendemos que se trata de una nieta suya.

⁵ En el índice de nobles asturianos que acreditaron su condición figuran Antonio, Lucas y Sebastián Pañeda, pero no se conserva la de Alonso. Vid. RUJULA Y DE OCHOTORENA, J., Marqués de Cidoncha, *Nobleza de Asturias*, Madrid 1975, pág. 354.

⁶ AAO. Padrón municipal *a calle ita* de 1670. Sign.: B-42, fol. 100v. Calle de los Angeles: "Alonso Pañeda ferrador. Justifique y lo mismo Matheo y Francisco sus

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

D. Mateo Pañeda tuvo otro hermano, de nombre Francisco⁷, y probablemente una hermana, llamada Ana⁸, ambos intitulados Pañeda del Teral, conviviendo los dos hermanos con sus padres en la casa de la calle de Los Angeles, extramuros de Oviedo, parroquia de San Isidro o San Isidoro, hasta el fallecimiento de su generante, ocurrido el año 1674⁹.

No hay pruebas de que estudió en el Alma Mater ovetense, pero todo hace indicar que no abandonó la ciudad de Oviedo durante su vida, a lo largo del siglo XVII, ya que aparece como domiciliado en la capital del Principado, sin hacer ausencias, en los padrones municipales ovetenses de 1681¹⁰, 1686¹¹, de 1692¹² y 1698¹³, único en el que consta su condición de abogado, falleciendo el 29 de julio de 1700:

hijos". Esta justificación aparece en el mismo libro, fol. 125r: "Personas que calificaron nuevamente. Alonso Pañeda ferrador que vive a la Puerta Nueva consto por filiacion y padrones ser hijodalgo y así le ponen por hijodalgo. Matheo y Francisco sus hijos hijosdalgo".

⁷ En el padrón municipal de 1705 está domiciliado en la "calle del Cristo de la Puerta Nueva arriba hasta llegar a San Cipriano", con sus tres hijos: Alonso, Pedro y Jacinto Roque, hijosdalgos. AAO. Padrón municipal de 1705. Sign.: B-44, fol. 22r.

⁸ AAO. Padrón municipal de 1705. Sign.: B-44, fol. 23r: "Ana Pañeda del Teral viuda de Favian de Vigil Casso. viuda de hixodalgo. D. Francisco y D. Bernabé sus hijos, hixosdalgo".

⁹ La defunción está acreditada en el Libro de difuntos de la parroquia de San Isidoro. Oviedo, de 1670 a 2698, fol. 30r: Alonso de Pañeda murió el 13 de mayo de 1674. Hizo testamento ante Medero Alvarez Baragaña y se enterró en Santo Domingo. Lamentablemente no se conserva el protocolo de este notario. Cf. AAO. Padrón municipal de 1681. Sign.: B-43, fol. 22v: "María González, viuda de Alonso Pañeda, hojodalgo. Mateo y Francisco sus hijos legítimos, hijosdalgo".

¹⁰ AAO. Padrón municipal de 1681. Sign.: B-43. Doc. 1, fol. 22v: "María González viuda de Alonso Pañeda, viuda de hixodalgo. Mateo y Francisco sus hijos legítimos, hixosdalgos".

¹¹ AAO. Padrón municipal de 1686. Sign.: B-43. Doc. 2, fol. 25r. "Calle del Cristo de la Puerta Nueva arriba hasta llegar a San Cipriano... María Gonzalez viuda de hijodalgo. D. Mateo y D. Francisco Pañeda hijosdalgo".

¹² AAO. Padrón municipal de 1692. Sign.: B-43. Doc. 3, fol. 25r: "María Gonzalez viuda de Alonso Pañeda. D. Matheo y D. Francisco sus hijos legítimos hijosdalgo".

¹³ AAO. Padrón municipal de 1698. Sign.: B-44, fol. 19r: "El licenciado Don Matheo Pañeda del Teral, Abogado y hermano del dicho Francisco Pañeda hixosdalgo". En un asiento aparte figura este mismo año en la "calle de los Angeles por ambos lados hasta llegar a San Cipriano: "Francisco Pañeda del Teral. Alonso, Pedro y Manuel sus hijos legítimos hixosdalgos".

“Don Matheo Pañeda mi feligrés se murió en 29 de julio de 1700 abiendo rezivido los santos sacramentos. Testó ante Lucas Gomez¹⁴. Eligió sepultura en San Francisco, donde se enterró. Pagó la quarta funeral y lo firme= Juan de Vigil Jove. Rubricado”¹⁵.

Por estos fundamentos creemos que se graduó de licenciado en la Universidad asturiana en la penúltima década del siglo XVII, tras lo cual ejerce durante casi dos decenios la abogacía en la capital del Principado y desaparece de los registros de habitantes de la localidad asturiana con la nueva centuria, de tal modo que no se encuentra cita alguna de su persona ni en el padrón de los primeros años del siglo XVIII¹⁶, ni en el elenco de habitantes del Dr. Tolívar Faes¹⁷.

2. Datación del manuscrito.

Si la generalidad del códice en el que se inserta nuestra *allegatio* aparece fechada en el siglo XVII, hoy, a la luz de los datos de que disponemos, tanto por la fecha de nacimiento del autor como por la aparición de algunas las fuentes doctrinales que utiliza, parece segura su redacción en la última década de este siglo. Sirva como referencia, que al nacer, aproximadamente, en la sexta década de la centuria y necesitar como mínimo veinte años para ilustrarse convenientemente en el mundo de las Leyes y Cánones, es evidente que corresponde al momento final de dicha centuria, a lo que parece corresponder, por ejemplo, la referencia reiterada a la obra de Hermosilla, impresa en Lyon (Francia) el año 1674.

3. Género literario empleado

No estamos en presencia ni de una *quaestio* ni de un *responsum*, en el significado clásico de la Jurisprudencia romana, como tampoco de una *decisio* o un *consilium* de algunos legistas o canonistas del siglo

¹⁴ Lamentablemente aunque se conserva en el AHPA el protocolo de este notario ovetense, D. Lucas Gómez Nalón, su legajo nº 493, que abarca el período de 1696 a 1712 se encuentra en tal pésimo estado de conservación que resulta imposible cualquier lectura.

¹⁵ Archivo Parroquial de San Isidoro. Oviedo. Libro de difuntos de 1696 a 1742, fol. 29r. N° 1.770.

¹⁶ AAO. Padrón municipal de 1705 y siguientes. Sign.: B-44.

¹⁷ TOLIVAR FAES, *Oviedo 1705*, Oviedo 1981, pág. 199. Este año figura empadronado con el nº 438: “Francisco Pañeda del Teral, hidalgo, con sus hijos Pedro y Jacinto Roque. Es padrino de un hijo de José Menéndez y fiador de Melchor Vázquez de Prada en el remate del maravedí para los médicos”.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

XVI, sino ante una *allegatio*, que es un tipo de documento característico de la práctica procesal del *Ius Commune*, ya que nace al amparo del nuevo tipo de proceso romano-canónico de la Baja Edad Media, formulado por autores tales como el glosador canonista Tancredo, quien afirma: “*Allegare esse intentionem suam probationibus facti in iudicium introductis ostendere et iuribus approbare*”¹⁸. Se trata, como ha puesto de manifiesto Fiorelli, de un medio ampliamente utilizado por los abogados, quienes diferencian claramente las *probationes facti* de las *probationes iuris*, no sólo cronológicamente, sino desde el punto de vista lógico¹⁹.

La Partida 7, título 7, ley 1 declara incursio en la pena de falsario al abogado que, a sabiendas, alega leyes falsas en los pleitos, ya que alegar significa aportar, por parte del letrado, normas, doctrina de autores y razonamientos lógicos en defensa del derecho de su causa, mientras que alegato es la recogida por escrito de las razones en que el abogado funda el derecho de su cliente y destruye las del adversario²⁰.

La coincidencia con las alegaciones del Derecho romano, máxime del período de la *Cognitio extra Ordinem*, es más nominativa que de contenido, ya que mientras aquellas no son otra cosa que las alegaciones formuladas por las partes tanto de hechos como de motivos que justifican y fundamentan su respectivo punto de vista respecto de las conclusiones que se formulan, por lo que tiene un significado genérico y no técnico, a veces también utilizado en el lenguaje vulgar de períodos posteriores, e incluso de nuestros días, sin embargo desde la Edad Media hasta la contemporánea asume el carácter de instituto procesal, inserto en la tramitación normal de los litigios y regulado técnicamente por normas precisas que deben respetar tanto las partes como los abogados que las formulan, prevaleciendo el elemento jurídico sobre el fáctico, ya que aquél constituye su objeto casi exclusivo, en la difícil búsqueda de la norma jurídica aplicable al caso, por lo que utilizará ampliamente el Derecho contenido en el *Corpus Iuris Civilis*²¹.

Por razón del contenido, las alegaciones técnicas de los abogados persiguen tanto la ilustración de las pruebas, anteriormente practicadas, co-

¹⁸ *Ordo iudicarius* 3, 15, 1.

¹⁹ FIORELLI, P., s. v. *Allegazioni*, en *ED II*, Ali-Are, Milano 1958, pág. 69b.

²⁰ Cf. ESCRICHE, J., s. v. *alegar* y *alegato*, en *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I, Madrid 1874, pág. 427.

²¹ Id., op. cit., pág. 70a

mo la demostración de los fundamentos de derecho que sirven de base al punto de vista de sus respectivos clientes, sin menoscabar otros aspectos muy relevantes, de los que destacan la refutación de las pruebas y argumentos presentados por la parte contraria, constituyendo una parte procedimental de la que no puede prescindir ningún juez en la vía procesal civil, ya que el *iudex* asume entonces la función de juzgar “*secundum allegata et probata et non secundum conscientiam*”.

Su formalidad permite, no obstante, una gran libertad de contenido, con la discrecionalidad en el juez de suplir lagunas contenidas en las alegaciones formuladas. Las reglas formuladas por los glosadores que se ocuparon del proceso no son tanto normas jurídicas cuanto consejos prácticos, con el fin de informar a los abogados del método más eficaz para conseguir un buen resultado del litigio. Partiendo de los casos singulares, indica Fiorelli, se formuló una categoría genérica, *allegationes iuris*, entendidas como técnica de interpretación jurídica, a través de la cual se llevaron a la práctica teorías elaboradas por los exégetas y tratadistas, sin olvidar su contribución a la clarificación de reglas legales y doctrinas, que no aparecían con suficiente nitidez para los estudiosos del mundo jurídico, colaborando eficazmente a la renovación de las interpretaciones tradicionales.

Entre los siglos XVI y XVII se imprimieron muchas colecciones de estas *Allegationes iuris*²², pertenecientes a diversos autores, tales como las de Juan Gutiérrez, Pedro Díaz de Rivadeneira, Rodrigo Suárez o Tomás Vallasco, si bien se llegó a tal exacerbación de citas de autores que provocó una reacción, radicalmente contraria a las usuales referencias de juristas particulares, contribuyendo, según Fiorelli, a la desaparición del sistema del *Ius Commune*.

Baste recordar que según la Nueva Recopilación²³, concluso el pleito, cada una de las partes debería informar al juez de su derecho, personalmente o por abogados o por medio de procuradores, de palabra o mediante escrito, antes de la sentencia, “alegando leyes y decretos y Decretales, Partidas y Fueros, como entendieren que le más cumple, pero tenemos por bien que ambas las partes no puedan dar mas de sendos escritos de alegaciones de derecho”. Asimismo no se podían dar ni recibir en una instancia más de dos informaciones en derecho, por cada parte, de las cuales la

²² En muchas ocasiones asumen el título de *defensiones* y se refieren a un caso singular, como ocurre en Fernando Ortiz de Valdés o con García de Barrionuevo,

²³ Recop. lib. II, tít. 16, ley 4, de D. Fernando y doña Isabel en Madrigal, año 1476.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

primera no podía exceder de veinte hojas ni la segunda de doce, de letra y papel ordinario, impresas o manuscritas, aunque el pleito constase de muchos capítulos independientes unos de otros²⁴.

Por otra parte, conforme a la ley 31 del libro V, título I, de la Nueva Recopilación, referente a las Chancillerías de Valladolid y Granada, se ordena que “no se den informaciones de derecho, salvo en el pleito que a los Jueces les pareciere ser necesarias; lo qual declaren luego que se acabare de ver el pleito y que sean breves y que se den y entreguen a dichos jueces dentro de treinta dias que fuere visto el pleito: y mandamos que dende en adelante no sean recibidas; y que con las que les hubieren dado en el dicho término, o sin ellas, sean obligados a lo determinar dentro de otros tres meses”²⁵.

Estos requisitos formales, anteriormente descritos, parecen convenir a D. Mateo Pañeda, si tenemos presente que su alegación ocupa dos folios, con lo que muestra su brevedad.

4. Materia del informe jurídico

El supuesto de hecho, que origina las preguntas jurídicas, a las que da respuesta Mateo Pañeda, viene claramente definido en las primeras líneas de la alegación:

“Presuponese que el duque de Abrantes²⁶ ganó executoria contra el Duque de Lerma²⁷ y el almirante de Castilla²⁸ de un mayorazgo²⁹ de el

²⁴ Recop. lib. II, tít. 16, ley 34. Dada por el Rey Felipe III en el Pardo, febrero de 1617.

²⁵ Vid. ESCRICHE, J., s. v. Información o papel en Derecho, en *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, t. III, Madrid 1875, págs. 245b-247a.

²⁶ Se trata de un título concedido en 1642, perteneciente a la familia Carvajal, desde que Bernardino, conde de la Enjarada, se casara con Josefa, hija de Agustín de Láncaster y de su primera esposa, la hija del primer duque de Linares.

²⁷ El ducado de Lerma es un título otorgado a Cristóbal de Sandoval y Rojas el año 1599 por Felipe II, si bien en 1668 recayó en Catalina de Mendoza Sandoval que casó con el duque de Pastrana, de donde pasó a sus descendientes.

²⁸ Título otorgado a la familia Enríquez desde la Edad Media hasta el año 1705.

²⁹ Eran los bienes sujetos al dominio perpetuo de una familia, con prohibición de enajenación, como derecho que tiene el primogénito más próximo en el llamamiento sucesorio, aunque algunos no tenían este orden sucesorio y otros eran temporales. Denominaba, normalmente, el conjunto de bienes vinculados así como la persona que los poseía o había de heredárselos, viniendo su terminología de la palabra latina *maior natu*, en razón de la primogenitura. Desaparecieron legalmente en el siglo XIX.

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ

Adelantado³⁰ que tiene en la villa de Toreximeno³¹ mas de seys mil ducados de renta”.

Examinada la documentación de la Real Chancillería de Valladolid³², donde se debió expedir la ejecutoria a favor del Duque de Abrantes, no hemos localizado, para este período, más que dos expedidas en su beneficio, ninguna de las cuales parecen corresponder a nuestro informe: Una del año 1701, entre el Duque citado y Pedro del Castillo, su procurador, contra el concejo y vecinos del lugar de Villagutierrez, cerca de la ciudad de Burgos, cuyo pleito comenzó en 1683, sobre la nulidad de un censo perpetuo, paga de sus réditos y aprobación de cierta escritura de convenio³³ y otra de 1726, que ganó el Duque de Abrantes y Linares, Marqués de Valdefuentes, Conde de Mejorada y brigadier de los Reales ejércitos, por medio de procurador, sobre la paga de cierta cantidad de granos de un foro, en el que son codemandados, entre otros, los vecinos de la villa de Zeladilla³⁴.

La carta ejecutoria debió expedirla la Real Chancillería de Valladolid, en este caso a petición del Duque de Abrantes, como parte que tenía a su

³⁰ Ignoramos el Adelantado al que se refiere, ya que con este título hay Adelantados de Indias y de la Florida, aparte del general que correspondía en los reinos castellano-leoneses al funcionario con máxima autoridad territorial, judicial y militar, dentro de un distrito por delegación del rey, mencionándose uno en Andalucía y otro en Cazorla. Con la reforma de la organización judicial llevada a cabo por Carlos III, puede decirse que desaparece la figura del adelantado.

³¹ Así se denominaba todavía la localidad el siglo pasado, a propósito de las elecciones. En realidad es Torredonjimeno, pueblo de la provincia de Jaén, rico en toda clase de granos y en aceite de oliva.

³² Durante la Baja Edad Media era la única Chancillería en el reino de Castilla, pero en 1494 y durante toda la Edad Moderna se fundó otra, primero en Ciudad Real y más tarde se trasladó a Granada, a causa del excesivo trabajo de aquella, con asuntos suscitados en la mitad sur del reino citado, ya que la primera atendía a los procedentes de todo el reino. Inicialmente tuvo una sala de lo civil, pero en 1489 se crearon cuatro, repartiéndose entre ellas los diez y seis oidores. A esta jurisdicción se acudía en apelación de los pleitos sentenciados por cualquier juez del reino, tanto delegado como ordinario, cuya cuantía fuera superior a los 3.000 maravedís; en las sentencias recurridas en apelación cabía vista y revista. Vid. PEREZ MARTIN, A.-SCHOLZ, J.M., *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia 1978, págs. 72-74; DE LAS HERAS SANTOS, J. L., *La justicia penal de los Austrias en la corona de Castilla*, Salamanca 1991, pág. 69.

³³ ARChV. Registro de ejecutorias, legajo 1.559. Doc. nº 59.

³⁴ ARChV. Registro de ejecutorias, legajo 1.590. Doc. nº 98.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

favor la sentencia firme en el juicio ordinario contradictorio contra ambos codemandados, duque de Lerma y Almirante de Castilla, con la que podía proceder de inmediato a la introducción de la vía ejecutiva³⁵, que si era contradicha por parte del demandado, generaba el pleito ejecutivo³⁶, a que se alude en el manuscrito de Pañeda³⁷. Según Carleval, la prescripción del derecho contenido en instrumento público y sentencia es la común de treinta años. Si se pide ejecución dentro de los diez años de la fecha de la estipulación o de la sentencia, se otorgan las *litterae executoriales* contra el deudor, sin citarlo; pasado este término, hay que citarlo y si no da un fundamento se procede a la ejecución.

5. Fuentes normativas y doctrina precedente utilizadas

Por lo que respecta a las fuentes, si partimos del presupuesto, fácilmente constatable, que no se aparta del género “*allegatio iuris*”, encontramos referencias tanto a fuentes justinianas, con especial relevancia para el Digesto y Código, como a las Decretales y *Liber sextus*, así como para el derecho patrio, contenido en Partidas y Nueva Recopilación.

³⁵ Como señala Alcaraz y Castro (*Breve instrucción del método y práctica de los cuatro juicios, civil ordinario, sumario de partición, ejecutivo y general de concurso de acreedores*, 4a ed., Madrid 1794, pág. 56) sus requisitos son: tres sentencias conformes, o las dos de vista y revista, y la última del grado de suplicación, según la naturaleza del asunto litigado en contradictorio.

³⁶ Según Hermosilla *in iudicio possessorio intra praedictum terminum (50 días) probantur omnes exceptiones*. Dicho término puede prorrogarse por el juez *si negotii qualitas id postulet*, como defienden Paz, Molina y Menochio.

³⁷ Si nos atenemos a la distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales del siglo XVII, tenemos que admitir que, dejando al margen los jueces pedáneos y los de los estados noble y general, al frente del municipio había un corregidor o su teniente y el alcalde mayor, quedando para la Chancillería los asuntos de mayor cuantía, como sería el presente, ya que al tener 34 maravedís cada ducado, sumaba una cifra superior a los doscientos mil maravedís. Sin embargo, la ejecución, obtenida la carta que era una Real provisión, se realizaba, en principio, ante la autoridad jurisdiccional de la localidad. A título ejemplificativo, recordamos que en Oviedo no hubo Audiencia en el ámbito secular hasta la Real Cédula de 30 de julio de 1717; por consiguiente, la administración de justicia, salvo la Audiencia Eclesiástica de que gozó la diócesis desde el siglo XVI, se cifraba entonces en los órganos jurisdiccionales municipales, corregidor y teniente, además del alcalde, dejando constancia de la existencia en la Chancillería de Valladolid, desde el rey Felipe IV, de un ministro togado para el gobierno del Principado de Asturias.

En cuanto a los autores, cita comentaristas del *Ius Commune*, como Bártolo o Alejandro de Imola y, sobre todo, la doctrina civilista patria de la Edad Moderna, que analiza especialmente la tradición jurídica recibida del Medioevo, así como la normativa regia de aplicación en España. Parte nuestro abogado de la cita reiterada de dos juristas de gran resonancia, a principios de siglo: Yáñez Parladorio y Amador Rodríguez, a los que se suman otros coetáneos de los siglos XVI y XVII, como Rodrigo Suárez, Núñez de Avendaño, Gironda, Juan Gutiérrez, Castillo de Bovadilla, Acevedo y García de Saavedra, a los que se suman otros como Hevia Bolaños, Carleval, Pérez de Lara, Cevallos, Monterroso, Suárez de Paz, Cortiada o Hermosilla.

En general se trata de obras de amplia difusión en toda Europa y muy utilizadas en los ámbitos universitarios de esa centuria y de la siguiente, por lo que no debe extrañar su consulta, que encontramos en los mejores tratadistas y profesores de Derecho de las principales Universidades españolas, como Salamanca o Valladolid. Este hecho nos hace suponer que también se ilustraban en las lecturas impartidas en las facultades jurídicas del Alma Mater de Oviedo, creada a imagen del Estudio salmantino, conforme a las Bulas de 15 de octubre de 1574 del Papa Gregorio XIII y de la Real Cédula de Felipe III, de 18 de mayo de 1604.

6. Síntesis del contenido de la alegación de Mateo Pañeda

El abogado ovetense se ciñe en su alegación a los dos puntos problemáticos de interpretación jurídica. El primer problema, acerca de si al estar prohibido tachar los testigos presentados en la vía ejecutiva, tampoco se podría replicar los documentos³⁸, dejándose de aplicar el esquema básico del proceso civil, heredado de Roma³⁹, en el cual a la respuesta del demandado, conteniendo *exceptiones*⁴⁰, se permite al actor replicar y, frente

³⁸ Sobre la alegación de falsedad, vid. MARCARDI, J., *Conclusiones omnium probationum, quae in utroque foro versantur*, vol. II, Augustae Taurinorum 1614, fols. 4r-8 y 135r-128v.

³⁹ Baste recordar en el sistema del *Ordo iudiciorum privatorum*, tanto de las legis actiones como en el *agere per formulas*, extensivo a la *Cognitio extra ordinem*, respecto de la tramitación de la *actio iudicati* cabe la oposición del demandado, con el riesgo de *lis infitiando crescit in duplum*. Vid. BUZZACCHI, C., *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, págs. 127-130.

⁴⁰ Sobre la *exceptio* y *replicatio* del proceso canónico, en el período de la alegación de Pañeda, vid. por todos, AXEL DE SENY, I. H., *Totius iuris canonici compendium sive brevis summa in quinque libros decretalium Sacri Concilii Tridentini decretis*, Coloniae Agrippinae 1630, págs. 315-320;

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

a las *replicationes*⁴¹, el reo está legitimado para formular dísticas⁴², sigue un criterio interpretativo, acorde con los esquemas romanísticos.

Seguía vigente un principio básico, a tenor del cual el proceso ejecutivo no elimina los caracteres típicos del contradictorio, conforme a la tradición romanística⁴³, por lo cual, siendo posible, en la vía ordinaria, redarguir documentos pasado el período de prueba⁴⁴, también cabría hacerlo de los documentos en la vía ejecutiva, porque como observa el Dr. Peralta, catedrático de Salamanca a mediados del siglo XVI⁴⁵, si el demandado se opusiere ante la sentencia de remate, dispone de diez días para probar sus excepciones, formuladas en base al Ordenamiento, lib. 3, tí-

⁴¹ Las Instituciones justinianas dedican a las excepciones el título 13 del libro IV, mientras que destinan íntegramente el título siguiente a las *replicationes*.

⁴² Gayo 4, 126-129. Cf. CARLE, G., *De exceptionibus in iure romano*, ed. anast., Roma 1971, págs. 41-50 y 125-127; ALVAREZ SUAREZ, U., *Curso de Derecho Romano*, t. I, Madrid 1955, págs. 339-356; MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico. II. El proceso*, Zaragoza 1983, págs. 189-204; PROVERA, G., *Lezioni sul processo civile giustinianea*, I-II, Torino s. a., págs. 400-402; Anónimo, *Practica in iudicio civili vel criminali, in presentia o en ausencia y en via executiva, pr doctorem quendam condita, ubi bene declaratur modus quem observant iudices in procedendo in huiusmodi iudiciis*, en ALONSO ROMERO, M. P., *Theoria y praxis en la enseñanza del Derecho: Tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI*, en AHDE 61 (1991) 521-522 y 537. Por lo que concierne al proceso canónico ordinario, tomado del Derecho romano, con *dupliciones*, *triplicationes*, *quadruplicationes*, correspondiendo su admisión al juez, sin que pueda procederse *in infinitum* para no dilatar en exceso los juicios, afirma Vidal: *dummodo reus semper sit ultimus in respondendo. Maxime vero etiam reiicienda est replicatio, quae quamvis probata sit, non excludit exceptiones* (WERNZ-Vidal, *Ius canonicum*, t. VI. *De processibus*, ed. altera a F. Cappello recogn., Romae 1949, pág. 254-255. si bien no cabría aplicar el esquema a la vía ejecutiva.

⁴³ Vid. por todos, ALVAREZ SUAREZ, U., *Curso de Derecho Romano*, Madrid 1955, págs. 472-474, 565-567 y 596-598; VOLTERRA, E., *Istituzioni di Diritto privato romano*, Roma s. a., págs. 224-227 y 263-264; PUGLIESE, G., *Istituzioni di Diritto romano*, con la coll. de F. Sitzia y L. Vacca, Padova 1986, págs. 77, 323-326 y 363-365.

⁴⁴ En opinión de Aflictis, pasado el término para probar por testigos, no cabe admitirlos, salvo que se haga junto con los documentos presentados. Para la doctrina canónica de la Edad Moderna, vid. FERRARIS, L., *Prompta bibliotheca canonica, juridica, moralis, theologica...*, ed. 4a, t. V, Bononiae 1763, pág. 205b.

⁴⁵ Cf. ALONSO ROMERO, M. P., *Theoria y praxis en la enseñanza del Derecho: Tratados y prácticas procesales en la Universidad de Salamanca a mediados del siglo XVI*, en AHDE 61 (1991) 490.

tulo 8, ley 4: “por auténtica escriptura o confesión de parte o legítimo número de testigos”, conforme al mismo texto legal y Ley 64 de Toro. Presentada la oposición, el juez manda “dar traslado a la otra parte que pide la ejecución para si quiere alegar contra ella”, dejando fundado el derecho de la réplica para el actor⁴⁶.

El segundo problema, respecto de la conclusión de la causa, pasado el término probatorio citado de los diez días, si a pesar de la obligación del demandado de presentar, al principio con la excepción, las escrituras que tuviera su favor, no obstante “podrá hacerlo hasta la conclusión de la causa, jurando que después del pleito contestado vinieron a su poder”, pasando su oposición a la otra parte, para que “pueda alegar y proponer algunas excepciones”, estando capacitado el juez para inquirir la verdad⁴⁷, con cuyo objeto es indispensable la práctica de la prueba⁴⁸. La contradicción formulada genera una prueba que se sustancia brevemente, ya que estamos en un procedimiento “sumario”, característico de la vía ejecutiva, si bien no está regulado legalmente.

Este esquema procesal, previo a la sentencia de remate, es fácilmente constatable en la práctica de la Edad Moderna en España⁴⁹, con características singulares, a causa de la normativa regia, ya que, además, estamos en presencia de un juicio sumario, con el que se pretende dar efectividad a un derecho precedentemente reconocido. Las dudas planteadas en la tramitación se reducen en el supuesto concreto a dos cuestiones:

1. El ejecutado, se opuso a la acción ejecutiva, basada en la carta ejecutoria expedida por el tribunal de justicia, que es uno de los títulos que llevaba aparejada ejecución, mediante una excepción, que no se especifica,

⁴⁶ Vid. MASCARDI, J., *Conclusiones omnium probationum, quae in utroque Foro versantur*, vol. I, Augustae Taurinorum 1615, fols. 401v-408r; vol. III, Augustae Taurinorum 1615, fols. 106r-120r.

⁴⁷ Así lo afirma Cevallos en sus *Cuestiones prácticas*, al sostener: *Procedit in via executiva, nam transactis decem diebus et lata sententia de remate, possunt produci instrumenta liquida, de novo reperta, ad impediendam executionem. Hodie in quacumque parte litis admittuntur instrumenta, cum iuramento producentis, quod de novo, ad eius notitiam venerunt.*

⁴⁸ Dr. Peralta, en ALONSO ROMERO, M. P., op. cit., pág. 486.

⁴⁹ Vid. MIRAS, A., *Die Entwicklung des spanischen Zivilprozessrechts. Von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Tübingen 1990, págs. 39-77; PRIETO MORERA, A., *Fundamentos para una historia del proceso español*, Córdoba 1995, donde se trata de justificar, en un plano global, cómo la *Cognitio extra ordinem* romana es la base del proceso medieval español.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

por lo que hay que suponer que era o *pacti conventi* de no cobrar o de exigir en otro lugar o en otro momento, o *debiti solutionis*, a causa de su cumplimiento precedente, sin excluir otras como la de usura, miedo o fuerza, que en cualquier caso se basaba en documentos, presentados el último de los diez días previstos, por la ley regia hispana, para este trámite procesal⁵⁰. En esa situación el actor tachó civilmente dichos documentos de falsos⁵¹, mediante la *replicatio*, con la cual trataba de impugnar y destruir lo que se recogía en la *exceptio*, por lo que viene a ser como una excepción contra la excepción⁵².

Esta actuación plantea el interrogante de si en la vía ejecutiva es posible replicar con este contenido? Pañeda se pronuncia por la solución afirmativa, dado el carácter del procedimiento de ejecución en beneficio del actor, basándola en el criterio sustentado precedentemente, entre otros, por Cevallos y cuya opinión comparte expresamente un siglo después Alcaraz y Castro⁵³ al señalar que “si conviniese al actor ejecutante hacer alguna prueba contra la excepción, siguiendo el parecer de Gonzalo de Paz, presenta por un otrosi su interrogatorio (suponiendo que precise de testigos en la fase probatoria), advirtiendo el que como el encargado, aunque fatal y crítico, es término de prueba, deben reservarse interrogatorios y probanzas, sin comunicarlas respective al actor ni reo ejecutado”.

2. Suponiendo que sea lícito presentar el último día del plazo legal no sólo *exceptiones*⁵⁴ sino también *replicationes*, respecto de los documentos incorporados en la causa, se abre en el juicio ejecutivo de nuevo

⁵⁰ Cf. HEVIA BOLAÑOS, J., de, *Curia Philipica*, t. II, Madrid 1797, págs. 150-151.

⁵¹ La doctrina medieval y de la Edad Moderna analizó las consecuencias que producía la acusación de falsedad, que normalmente paralizaba la acción civil, en beneficio de la causa penal o juicio criminal, como fundamentó ampliamente Carleval.

⁵² Así la definen las fuentes jurisprudenciales recogidas en el Digesto, cuando afirman: *Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones in exceptiones*: D. 44, 1, 2, 1. También: *Replicatio est contraria exceptio quasi exceptionis exceptio*: D. 44, 1, 11pr.

⁵³ ALCARAZ Y CASTRO, I., op. cit., pág. 72.

⁵⁴ Para Carleval, *iuxta iura Castellae citandus est reus, ut opponat, si quas habet adversus executionem legitimas exceptiones, ex quarum oppositione, et earum probatione, quae infra decennium fieri debet*. En el mismo sentido, Pichardo de Vinuesa, A., *Practicae institutiones sive manudictiones iuris civilis romanorum et regii hispani, ad praxim libro singulari, in quatuor distributae partes*, Vallisoleti 1630. *Manudictio ad praxim 2: Via ordinaria et executiva non sunt contrariae sed diversae, ergo electione non tolluntur. Termini praefixio novas testium receptiones excludit*,

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ

un período de prueba respecto de los documentos aportados, a pesar de tratarse de un juicio ejecutivo y por tanto sumario? La opinión de Pañeda es favorable, ya que es un proceso introducido a favor del actor ejecutante. En esta opinión concuerda, entre otros, con los criterios expuestos posteriormente por Alcaraz y Castro⁵⁵, Pérez y López⁵⁶ y Gómez y Negro⁵⁷

La controversia doctrinal surge porque en el trámite ordinario del proceso ejecutivo, el deudor ejecutado debe oponerse dentro del tercer

etsi in terminis probatoriis producti possunt elapso eo examinari, licet in causis executivas contra: elapso decem dierum termino, cum sit a iure praefixus et ut aiunt legalis, prorogationem nullam, neque quoad examen admittit, sed intra illud et examinandi quoque testes sunt: ley 2 numero 9 tit. 21 lib. 4 Recop.: Salvo si dentro de diez días mostrarre et ibi tomados dentro del dicho termino, et in d. ley 3 tengan diez días para alegar y probar, quod tu utiliter accipies, quando intra hos decem dies debitoris creditorisve culpa, testes, neque producerentur, neque examinarentur. Secus si culpa iudicis aut notarii quod non est infrequens, quae praesumetur, nisi pars id fuerit protestata et de ea docuerit. Hocque etiam probantes, quamvis per instrumenta exceptionis probatio fiat, non si per confessionem partis: post decem namque elapsos dies potest, tam reus, quam actor petere, ut altera pars iuret et declareret de calumnia.

55 ALCARAZ Y CASTRO, I., op. cit., pág. 71: El actor y no el reo es quien puede pedir el término que tuviese por conveniente, bien que siempre el concedido es común a ambos

56 PEREZ Y LOPEZ, A. J., *Teatro de la legislación universal de España e Indias*, t. XVIII, Madrid 1797, pág. 218. Expresamente indica que de la oposición se da traslado en el plazo mismo de diez días al acreedor, a cuya instancia puede prorrogarse, por ser esta vía ejecutiva introducida a su favor, e incluso, si pasados los días citados las partes piden se les entreguen las probanzas para alegar e instruir al Juez, debe entregárselos por breve término.

57 Este autor opina que cuando las excepciones son de consideración y tales que el actor no pudiese tenerlas previstas, ni rechazarlas por la escritura o razones antes expuestas, podrá el juez darle traslado, pero ni en uno ni en otro caso correrán al reo los diez días, sino desde que se le habilita para hacer la prueba y esta podrá igualmente hacerla el actor dentro del mismo término o más ocurriendo al Juez para su prorrogación, la que deberá concederse por haber sido la brevedad de este juicio introducida a su favor. Cf. GOMEZ Y NEGRO, L., *Elementos de práctica forense*, Valladolid 1825, tratado 5º, § 7, pág. 31.

58 Este plazo de tres días, calificados útiles, y los diez días comunes a ambas partes para recibimiento a prueba, que pueden ser prorrogados, figuraban en la antigua LEC española, recientemente derogada, artículos 1.461 y 1470. Cf. FARRÉ, Abogados, *Diccionario de prescripción, caducidad, plazos y términos en derecho*, Barcelona 1998, pág. 94.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

día⁵⁸ al de la citación de remate o dentro del término que en la requisitoria se le hubiera señalado, conforme a la ley 19, título 21, libro 4 de la Recopilación. Hecha la oposición por el deudor, se le tiene por opuesto y se encargan a ambas partes, en el término de diez días⁵⁹, para que dentro de los mismos justifiquen, el reo sus excepciones y el acreedor sus fundamentos de contrario, a tenor de las leyes 2, 3, y 19 de dicha fuente legal.

El término es común a ambas partes, si bien mientras al ejecutado le corre desde el día de su oposición, indica Melgarejo⁶⁰, coincidiendo con Juan y Colom⁶¹: “se ha hecho estilo no empezar a correr sino es desde el día de la última notificación exclusive, que se hace a las partes del auto”, siendo posible, a petición del ejecutante, nunca del reo, prorrogar el término de los diez días a los que aquel quisiere, siempre que no exceda del que se otorga en el juicio ordinario, por razón del cual en la misma provincia no pasaría de ochenta días, presentando la solicitud dentro del plazo susodicho de los diez días, lo cual le permite al ejecutante probar en esta ampliación lo que le convenga, por ser común, sin que por ello deje de ser juicio ejecutivo, aunque otros autores, como Elizondo, sostuvieron que si no podían probarse las excepciones en el término ordinario de los diez días, el juez debía rechazar la oposición⁶². Si el deudor probare la excepción alegada, el actor devolverá el doble de la cantidad que motiva la ejecución, y si no lo hiciere, pagará otro tanto de pena, la mitad para el actor y la otra mitad para reparo de los muros o para otras causas u obras pías, a albedrío del juez⁶³.

⁵⁹ Cf. RIBERA, D. de, *Segunda y tercera parte de escrituras y orden judicial en casos particulares...*, Madrid 1605, fols. 47r-48r; ELIZONDO, F. A. de, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, t. I, Madrid 1783, págs. 13-14; ORTIZ DE ZUÑIGA, M., *Práctica general forense*, t. II, Madrid 1870, pág. 703. En opinión de Núñez de Avendaño, pasado el término de los diez días sin excepcionar, el actor tiene probado el derecho en el juicio ejecutivo.

⁶⁰ MELGAREJO, P., *Compendio de contratos públicos, autos de particiones, ejecutivos y de residencias*, Madrid 1744, pág. 306.

⁶¹ JUAN Y COLOM, J., *Instrucción de escribanos en orden a lo judicial: utilísima tambien para procuradores y litigantes*, Madrid 1787, págs. 132-134.

⁶² ELIZONDO, F. A. de, *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*, t. I, Madrid 1783, pág. 14.

⁶³ Cf. RIBERA, D. de, *Primera parte de escrituras y orden de particion y cuenta y de residencia judicial, civil y criminal, con una instrucción a los escribanos del reino*, Madrid 1605, fol. 50v.

7. Valoración final

Las fuentes romanas vienen citadas por Pañeda según el esquema usual del Derecho Común, combinando la normativa romana con la canónica⁶⁴ y fundamentándolas interpretativamente en el criterio del *mos italicus*, frente al estudio culto del *mos gallicus*, característico en el siglo XVI de nuestros humanistas, ampliamente representados en Salamanca, con valor ambivalente en autores tales como Diego de Covarrubias, si bien en el dictamen del abogado ovetense no aparecen los corifeos de la nueva escuela, tales como Budeo, Zasio, Alciato, Godofredo o Cuyacio, mientras que expresamente cita a Rodríguez Suárez, del que con frecuencia se recuerda su estribillo “*errant moderni*” o los trabajos del jurista, legista y canonista placentino, canónigo civitatemense, Juan Gutiérrez.

Con este enfoque trata de suplir un vacío legal del derecho regio hispano a través de su argumentación jurídica, para lo que no repara en recoger fragmentos del *Corpus Iuris* provenientes de diferentes materias, como es la equiparación de las partes en el proceso respecto de los frutos y costas, tomada de una constitución de finales del siglo V d. C., emanada por el emperador Anastasio, o la norma promulgada con carácter general por los emperadores Teodosio y Valentiniano, el año 439, según la cual lo que se otorgó en beneficio de algunos no puede volverse en su contra, la cual coincide con el *responsum* de Modestino, referido en D. 1, 3, 25, para justificar el equilibrio en la tramitación de las pretensiones deducidas en juicio y la razón última *pro actore* del juicio ejecutivo, lo que contrasta con reglas más precisas conectadas con los asuntos debatidos en su materia, tal como ocurre con las excepciones, mediante los *responsa* de Ulpiano, contenidos en D. 10, 4, 3, 13 y D. 36, 1, 13, 2, el primero de los cuales se refiere a la acción exhibitoria y el segundo sobre la validez del testamento o la investigación escrupulosa y bien realizada de la falsedad aducida en juicio, impuesta por Constantino el Grande, a la que se alude en C. I. 9, 22, 22, e incluso, para la segunda cuestión relativa a la prueba de la *re-*

⁶⁴ Sobre la tramitación del proceso canónico en los reinos de León en la Baja Edad Media, vid. GARCIA Y GARCIA, A., *La justicia eclesiástica en la España Medieval: Un pleito legatino de Silos (1253)*, en *Societá Istituzione, Spiritualità. Studi in onore di Cinzio Violante*. Centro italiano di Studi sull’Alto Medioevo. Spoleto. Separata, págs. 395-407; id., *El proceso canónico en la documentación medieval leonesa*, en *Fuentes y estudios de historia leonesa*, vol. 6, págs. 567-655. especialmente el punto 6, relativo a las *exceptiones* y *replicationes* en el *ordo iudiciorum*.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

plicatio, aporta a su favor el *responsum* de Ulpiano, contenido en D. 42, 1, 2, que autoriza al juez para juzgar con los plazos precisos en la fase probatoria o la reforma de la sentencia ya pronunciada, defendida por Marciano, en D. 20, 1, 16, 6, si se constata un error en los contenidos de la misma, a pesar de la “*subtilitas legis*” y autoridad del fallo.

Otra manera de utilización de las tradición romanística consiste en aludir a reglas generales o aforismos jurídicos, como el principio referido en el último título del Digesto, a tenor del cual no es lícito al actor lo que no está permitido al reo, o el axioma interpretativo, tomado de los comentaristas, conforme al cual no es posible hacer distinciones cuando la ley no las establece, si bien en la cita que hace de D. 6., 1, 38 saca del contexto la máxima del jurisconsulto Celso, que ya había servido de base para formular la teoría de los actos de emulación en el Medievo, a través del *malitiis non est indulgendum*, que era una interpolación justiniana a propósito del ejercicio de la acción reivindicatoria.

Si tuviéramos que juzgar la formación jurídica de Pañeda su valoración tiene que ser altamente positiva, aunque al parecer ni consultó directamente muchas fuentes citadas, puesto que hay errores claros de identificación, ni todos los tratados aludidos se corresponden con su examen individual, ya que el método de indagación, bastante frecuente en este período para incorporar *auctoritates*, consistía en utilizar uno o varios autores básicos y recoger las citas que éstos incorporaban, lo que explica esos errores y las lagunas, algunas tan destacadas como el *Manu ductio* de Pichardo de Vinuesa, profesor salmantino de finales del siglo XVI, cuyo tratado procesal era una guía generalmente consultada por los abogados en sus alegaciones y por los intérpretes doctrinales del derecho patrio. Al no poder consultar en este momento el presumible inventario de su biblioteca, dada la situación deteriorada del legajo notarial donde debe encontrarse, deja, en hipótesis, conclusiones más precisas, como sería su posible estancia temporal en Valladolid, habilitado para abogar en aquella Chancillería.

APÉNDICE DOCUMENTAL⁶⁵

“Sobre si la redarguiçion de instrumentos y tachas de testigos, es de la via executiva y que tiempo es permitido para hacerlo. Allegatio 3. tom. 1 fol. 11

⁶⁵ Archivo de la Universidad de Oviedo. Ms. 115: *Allegationes iuris*. fol. s.n.v: “Oviedo 10 de diciembre de 1893. Perteneció a la antigua biblioteca de los Señores de Palacios. S. de Soto. Rubricado”. Son 38 alegaciones jurídicas.

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ

fol. 11r (14r):

(In marg.:N. 1.)

Presuponese que el duque de Abrantes gano executoria contra el Duque de Lerma y el almirante de Castilla de un mayorazgo de el Adelantado que tiene en la villa de Toreximeno mas de seys mil ducados de renta y en la prosecucion del pleito executivo que se sigue en virtud de la citada executoria presento muchos instrumentos el executado en la oposicion que hiço, habiendose dado traslado al executante el ultimo de los diez dias de la ley los redarguo de falsos cibilmente⁶⁶, sobre que se proponen dos dificultades= *La primera si respecto de estar prohibido en la via executiva el tachar los testigos lo estara tambien el redarguir los instrumentos presentados por el executado.*

La segunda si en la forma que en la via ordinaria aunque este pasado el termino probatorio y conclusa la causa redarguiendose los instrumentos se debe recibir a prueba, procedera lo mismo en la via executiva.

(In marg.: N. 2)

A la primera duda se responde que se pueden redarguir de falso los instrumentos dentro del termino de los diez dias porque permitiendose como se permite al reo redarguir los del actor, ley 1 tit. 21 lib. 4 recopilativo⁶⁷ no tiene controversia que el actor tiene la misma facultad pues abiendose de guardar toda ygualdad en los juicios como lo prueba la ley

66 Como observa Bouix (*Tractatus de iudiciis ecclesiasticis*, ed. 2a, t. 2, París 1866, pág. 109: *civiliter fieri dicitur exceptio criminalis (en el caso replicatio) quando delictum ideo objicitur, ut actor (reus) ab obtinendo quod vult dejiciatur; non vero ut ille cui a reo (actore) delictum objicitur, de eo puniatur; criminaliter contra, quando reus (actor) simul persequitur publicam delicti ab ipso objecti vindictam.*

67 Tomo primero de las Leyes de la Recopilación, que contiene los libros primero, segundo, tercero, quarto i quinto, Madrid 1782, pág. 620a: *Que contra los contratos i sentencias que se executaren, no se admitan sino las excepciones en esta lei contenidas. D. Enrique IV, en Madrid año 1458: Mandamos que contra las obligaciones, i contratos, i compromisos, o sentencias, o otras qualesquier escrituras que tengan aparejada ejecucion, que no sea admitida, ni rescevida por nuestros Jueces ninguna otra excepcion, ni defension, salvo paga del deudor, o promission, o pacto de no lo pedir, o excepcion de falsedad, o excepcion de usura, o temor, o fuerza, i tal que de derecho se deva rescebir; i si otra qualquier excepcion se alegare, no sea rescevida, ni el que la pusiere sa oido, i no embargante otras qualesquier excepciones, el Juez proceda a ejecucion del tal contrato, o sentencia, i llevela a devido efecto.*

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

final C. de fructibus et litium expensis⁶⁸ es preciso que goçando de este derecho el executado le competa el mismo al executante y quando la brebedad del termino que se concede en las vias executibas es introducido en favor del acrehedor y en odio del deudor para que pagasen con mas brebedad ut probat l. 2 tit. 21 lib. 4 Recopilat.⁶⁹ et per eam Parladorius

⁶⁸ C. I. 7, 51, 6. Imp. Anastasius A. Stephano magistro militum. *Cum quidam per leges sacrasque constitutiones, alii per speciales largitates sibi praestituta privilegia praetendunt tam super sportulis pro conventionibus usque ad certam quantitatem praebendis quam super expensis litium vel minuendis vel penitus non agnoscendis, per hanc legem decernimus, ut, quicumque huiusmodi privilegio munitus est vel postea talem praerogativam quolibet modo meruerit, sciat, et si quod ipse utpote obnoxios sibi pro quacumque criminali vel civili causa constitutos in accusationem deduxerit, hos nihilo minus isdem privilegiis potituros, quoniam non est ferendum eos, qui praefatas praerogativas, ut ante latum est, praetendunt, aliquid plus ab adversariis suis quaerere concedi, quam ipsi ab aliis pulsati facere patientur: ita scilicet, ut haec forma modis omnibus observetur super privilegiis per liberalitates vel generaliter quibusdam officiis aut scholis seu dignitatibus vel specialiter certis personis praestitis vel postea praebendis, sive hoc ipsum expressim principalibus dispositi- nibus vel adfatibus insertum sive praetermissum sit vel fuerit.*

⁶⁹ Tomo primero de las Leyes de la Recopilación, que contiene los libros primero, segundo, tercero, quarto i quinto, Madrid 1782, págs. 620a-621a: "Por escusar mali- cias de los deudores, que alegan contra los acreedores excepciones i razones no ver- daderas, por alongar las pagar, por no pagar lo que verdaderamente deven; siguien- do lo que el Señor Rei D. Enrique, nuestro abuelo, proveyó i mandó por su Lei i Pragmatica en favor de los mercaderes i otras personas de la Ciudad de Sevilla, que- remos que la dicha lei generalmente se guarde en todos los nuestros Reinos; i orde- namos i mandamos conforme a ella que cada i quando los mercaderes o otra cual- quier persona o personas de qualesquier ciudades i villas i lugares de nuestros Reinos, que mostraren ante los Alcaldes Justicias de las ciudades i villas i lugares de nuestros Reinos i Señorios cartas i contratos públicos i recaudos ciertos de obligacio- nes, que ellos tengan contra qualesquier personas, assi christianos como judios i mo- ros, de qualesquier deudas que les fueren devidas, que las dichas Justicias las cum- plan i lleven a devida ejecucion, seyendo passados los plazos de las pagas, no seyen- do legitimas qualesquier excepciones, que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas i que las Justicias no dexen de lo assi hacer i cumplir por paga o excepcion, que los dichos deudores ale- guen, salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga o legitima excepcion, sin alon- gamiento de milicia, por otra tal escritura, como fue el contrato de deuda o por alva- la, que haga fee o por confession de la parte, o por testigos, que estén en el Arzobispado o Obispado donde se pidiere la ejecucion, tomados dentro del dicho termino, i para probar la tal paga, i excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced

lib. 2 p. 5 cap. final. § 10 nº 15 et 16⁷⁰. Rodriguez de executionibus cap. 6 nº 32 versiculo ceterum⁷¹. Si se le negara por esta causa al actor el uso de sus defensas biniera a ser en su perjuicio lo que se introdujo en su favor / contra lo dispuesto por la ley quod fabore Codigo de legibus⁷². l. nulla ff. eodem titulo⁷³. Alexander in 1 nº 13 de legatis 2⁷⁴ quem refert et sequitur Suarez in 1. in rem iudicatam libro 4 nº 775= Y en este juicio go-

que el deudor nombre luego los testigos, quien son i donde viven i jure que no trae malicia: i si nombrare los testigos aquende los Puertos fuera del Arzobispado o Obispado, aya plazo de un mes para traer sus dichos; i si allende los Puertos por todo el Reino, que aya plazo de dos meses; i si los nombrare en Roma o en París o en Jerusalen, fuera del Reino, que aya plazo de seis meses: pero es nuestra merced que el deudor que alegare la tal paga o excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias, en la manera que dicha es, dixere que los testigos que tiene están fuera del Arzobispado o Obispado, como dicho es, que pague luego al mercader o al acreedor, dando el tal mercader o acreedor luego fianzas que si el deudor probare la paga o otra excepcion, que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagare con el doble, por pena en nombre de interesse; i el reo assimismo de fianzas que, si lo no probare en el dicho termino, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó; la qual pena es nuestra merced sea la mitad para la parte, contra quien maliciosa e injustamente se alegó la paga; i la otra mitad para reparos de los muros o para otras cosas pias o públicas, donde el Juez viere que es mas necesario; i esto mismo mandamos que se guarde, pidiendose ejecucion de sentencia passada en cosa juzgada.

⁷⁰ YAÑEZ PARLADORIO, J., *Opera iuridica sive rerum quotidianarum libri duo; quotidianarum differentiarum sesqui centuria; et quaestiones practicae-forenses duodeviginti, cum tribus epistolis...* nova editio, Coloniae Allobrogum 1734, pág. 179ab.

⁷¹ RODRIGUEZ, A., *Tractatus de executione sententiae et eorum quae paratam habent executionem, in quo modo et forma procedendi et examinandi processum in causis executivis agitur*, Madriti 1613, fols. 130v-131v.

⁷² C. I. 1, 14, 6. Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp. *Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum nolumus inventum videri.* D. VII id. Sept. Theodosio A. XVII et Festo conss. (a. 439). Título XIV: *De legibus et constitutionibus Principum et edictis.*

⁷³ D. 1, 3, 25. Modestinus libro VIII responsorum. *Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.* El título tercero es: *De legibus, senatusconsultis et longa consuetudine.*

⁷⁴ IMOLA, A. de, *Super secundam partem Infortiati*, s. l., año 1520, fol. 52b. Cita a Juan de Imola a propósito de la vía ejecutiva y de la necesidad o no de prueba del crédito líquido contenido en un instrumento.

⁷⁵ SUAREZ, R., *Ad lecturam post rem iudicatam*, 4º nº 7, en *Allegationes et consilia*, Salmanticae 1568, pág. 303ab. Cita a Juan de Imola.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

ça el actor de los pribilegios de reo. Y por el consiguiente no se le permite al reo lo que se niega al actor, antes a este se le permite lo que no se concede a aquél y la regla de la ley *non debet actori licite de regulis iuris*⁷⁶ no tiene lugar en las vías executibas como lo prueban Rodriguez de executionibus cap. 6 nº 33 prope finem⁷⁷. Parladorio lib. 2 cap. final 5 § 10 nº 15⁷⁸, de donde se infiere que no le esta prohibido al executante el redarguir los instrumentos quando le esta permitido al executado *et quando lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁷⁹. Y el que quiere probar lo contrario ha de ser con lei expresa *ut constat ex l. ab ea parte ff. de probationibus*⁸⁰= Y aunque en la via executiba ni en los demás juicios sumarios no se pueden oponer *excepciones quae ulteriorem requirunt indaginem ut constat ex l. 3 § ibidem ff. ad exhibendum*⁸¹. *l. ille a quo § de testamento ff. ad Trebellianum*⁸². *l. ordinarii C. de rei vin-*

⁷⁶ D. 50, 17, 41. *Ulpianus libro vicesimo sexto ad edictum. Non debet actori licere, quod reo non permittitur.* El mismo aforismo lo encontramos en el *De regulis iuris* in Sexto: Sexti Decretalium, lib. V, tít. XII, *de regulis iuris*, regula XXXII: *non licet actori quod reo licitum non exsistit.*

⁷⁷ RODRIGUEZ, A., op. cit., fol. 131v.

⁷⁸ YAÑEZ PARLADORIO, J., op. cit., pág. 179a.

⁷⁹ BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Gemma legalis seu compendium aureum*, t. XI, Venetiis 1615, s. l. L: *ubi lex non distinguit, quando nos distinguemus? Et an distinguendum sit?*. Se trata de un aforismo jurídico, ampliamente utilizado por la doctrina y jurisprudencia de nuestro tiempo. Sirvan como testimonio, las Sentencias del T. S. español de 21 de marzo de 1882, 12 de enero de 1884, 11 de marzo de 1885 y 12 de julio de 1905.

⁸⁰ D. 22, 3, 5pr. Paulus libro nono responsorum. *Ab ea parte, quae dicit adversarium suum ab aliquo iure prohibutum esse specialiter lege vel constitutione, id probari oportere.*

⁸¹ D. 10, 4, 3, 13. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum. *Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare, quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absoluvi, si obscurior vel quae habeat altiorem quaestionem, differendam in directum iudicium re exhiberi iussa: de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat, veluti pacti conventi, doli mali, iusiurandi reique iudicatae.*

⁸² D. 36, 1, 13, 2. Ulpianus libro quarto fideicommissorum. *Si de testamento aliquid quaeratur, heres non debet audiri, si suspectam sibi hereditatem dicat: nam et si maxime dicatur vel ius testandi non habuisse eum qui testatus est vel de viribus testamenti vel de sua condicione non erit audiendus.*

*dicatione*⁸³ como lo es la excepcion de falsedad *l. Ubi falsi C. ad legem Corneliam de falsis*⁸⁴. Esto se entiende no pudiendose probar dentro del termino de la lei, porque pudiendo probarse dentro de el se deben admitir Hermosilla lib. 21. 7 tit. 4 y 5 nº 17 folio 256⁸⁵ y asi lo sintio Gutierrez lib. 1 Practicarum questionum quest. 116 ex nº 1⁸⁶ en donde dice que las excepciones quae requirunt altiorem indaginem aunque no se puedan oponer por el reo sino se pudieron probar dentro de los diez dias se deben admitir las opuestas por el actor, *ibi unde quam bis reus oponat exceptionem requirentem altiorem indaginem id est ultra decem dies probandam non audiatur in iudicio sumario ut in d. l. regia* ²⁸⁷ *actor tamen petens executionem instrumenti nondum liquidi vel alia causa opus habens longiori termino decem diebus ad suam intentionem fundandam audiri debet*. Y cita muchas autoridades y asi quanto quiera que la excepcion de falsedad requiera largo conocimiento de causa es // indisputable que pudiendose valer de ella el reo executado dexe de aprobecharle al executante sin que obste el decir que en este juicio no se admiten tachas de testigos porque esto procede por ser juicio sumario y poder

⁸³ C. I. 3, 32, 13. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Eutychio. *Ordinarii iuris est, ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur*. D. id. April. AA. conss. (a. 293).

⁸⁴ C. I. 9, 22, 22. Imp. Constantinus A. ad Maximum. *Ubi falsi examen inciderit, tunc acerrima fiat indago argumentis testibus scripturarum collatione aliisque vestigiis veritatis. 1. Nec accusatori tantum quaestio incumbat nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit iudex medius nec ulla interlocutione divulget quae sentiat, sed tanquam ad imitationem relationis, quae solum audiendi mandat officium, praebeat notionem, postrema sententia quid sibi liqueat proditurus. 2. Ultimum autem finem strepitus criminalis compendioso spatio limitamus. quem litigantem disceptantemque fas non sit excedere, cuius exordium nascetur auspicio testatae actionis apud iudicem competentem: capitali post probationem supplicio, si id exigat magnitudo commissi, vel deportatione ei qui falsum commiserit imminente*. PP. VIII K. April. in foro Traiani Constantino A. VI et Constantino C. conss. (a. 320).

⁸⁵ La cita es errónea porque no figura libro sino glosa; la y sustituye a la P. de Partidas y el folio es el nº 325. Lex VII, add. Glossae II, nº 16, 17 y 18. HERMOSILLA, A., *Notae, additiones et resolutiones ad glossas legum Partitarum D. gregorii Lopetii*, t. I, Lugduni 1674, pág. 324.

⁸⁶ GUTIERREZ, J., *Practicarum quaestionum civilium, super quinque prioribus libris primae partir legum Novae Collectionis Regiae Hispaniae, lib. I et II*, Francofurti 1671, pág. 117.

⁸⁷ Tomo primero de las Leyes de la Recopilación, que contiene los libros primero, segundo, tercero, quarto i quinto, Madrid 1772, págs. 620a-621a.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

probarle dentro de los diez días *ut tradit Parladorius libro 2 p. 5 cap. final § 10 n° 25*⁸⁸. *Curia filipica en el juicio cibil § 20 n° 789. cap. veniens el segundo de testibus et atestat.*⁹⁰ *Avendaño 1 p. 6, p. 4 n° 1691* y si se pudieran probar dentro de los diez días y fuera el daño yrreparable taliter que no se pudiera remediar por la via ordinaria entrara con la limitacion de Hermosilla loco supra citado. Y se pudieran admitir como las demás *excepciones que altiorem requirunt indaginem* y no militando esta razon no se puede allar alguna que le impida defensa tan legitima pues no se debe excluir ni al reo ni al actor de las que le competen *ut tradit Lara de anniversariis libro 2 cap. 10 n° 52*⁹² ibi nan sicut reus iubatur exceptionibus et quemadmodum non debet sua exceptione fraudari ita

⁸⁸ YAÑEZ PARLADORIO, J., op. cit., pág. 180.

⁸⁹ Si en la causa executiva ha lugar tachas. n. 7. HEVIA BOLAÑOS, J. de, *Curia Philipica*, t. I, Madrid 1797, pág. 151.

⁹⁰ La cita referida se corresponde con DECRETALES Gregorii IX, lib. II, tít. XX, cap. 2: *Nulla est receptio testium contra non citatum. Sin embargo, el cap. veniens es el XXXVIII: Attestationes receptae in summario fidem non faciunt in plenario iudicio. Et illarum publicatione non obstante iidem vel alii testes super eisdem capitulis recipi possunt. ... cum super hoc testes et instrumenta produxerit, interloquendo pronunciavimus, quod sua intererat, ut se posset opponere... Lite igitur inter eos... quae- situm fuit... utrum attestationes prius exhibitas in articulo supradicto, in hoc iudicio vellet admittere: qui respondit, quod vellet, dummodo posset obiicere tam in personas testium, quam in dicta.. Quo auditio pars adversa respondit, quod attestacionibus illis in hoc iudicio uti nolebat... Pars adversa respondit quod cum testes... et eorum attestationes fuissent in iudicio publicatae, non licebat eidem (postquam testificata didicerat) super eisdem articulis alios testes producere... Nos igitur iustitia pronunciavimus exigente, quod testes essent recipiendi super toto negotio, quos utraque pars duceret producendos... vocati ad testimonium libere valeant pro utraque parte testari.*

⁹¹ NUÑEZ DE AVENDAÑO, P., *De exequendis mandatis regum Hispaniae*, Salmanticae 1554 (tiene 28 capítulos sin apartados, tan sólo números marginales), responsum 19, n° 1 y 2, fol. 142v; n° 4, fol. 143r y n° 6, fol. 143v. Id., *Quadraginta responsa*, Salmanticae 1576 (no tiene partes y sólo epígrafes, con un tratado sobre el título de las excepciones, cuyo número 51 es: *In executione non habet locum reconventio*, o la n° 51: *Exceptio allegata in processu non potest opponi in executione*, o la n° 52: *Probatio contra instrumentorum qualiter fiat*, o la n° 55: *Dilatio cedit commodo debitoris*). Responsum 21: *Reprobationes testium*, fols. 44v-48r. Resp. 18: El acreedor no debe jurar de calumnia en los juicios ejecutivos, pasados los diez días para probar las excepciones: fols. 36v-38r.

⁹² PEREZ DE LARA, I., *De anniversariis et capellanis*, libri duo, Matriti 1608, pág. 395.

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ

nec actor replicatione cum equalitas sit servanda in iudicio l. final. C. de fructibus et litium expensis⁹³.

(In marg.: N. 3)

2. A la segunda pregunta se responde que aunque regularmente post conclusionem cause in via executiba no se admiten instrumentos ni se puede abrir el termino ut tradit Rodriguez de executionibus cap. 6 nº 29 usque ad finem⁹⁴. Parladorio lib. 2 p. 5 § 10 nº 995 con otros muchos esto tiene limitacion. todas las veces que ai causa, pues con ella puede el juez augere vel minuere terminos legales ut tenet Bartolus in l. 2 ff. de re iudicata⁹⁶ a nº 497 et in Authentica qui semel C. quomodo⁹⁸ et quando⁹⁹ Gironda de Gabelis 4 p. in principio nº 10¹⁰⁰ e lo mismo dice Paz in sua practica 1 tomo tempore 5 nº 20¹⁰¹. Y siendo asi que al reo le opone exceptiones parece le impide el tiempo et per consequens se la ha de oir o si no no correra termino nam impedito non curit terminus ut tenet Cartevio in suis decisionibus decisio n. 121 nº 4¹⁰². Y siendo cierto que el actor siem-

93 C. I. 7, 51. 6, antes citado.

94 RODRIGUEZ, A., op. cit., fol. 130r.

95 YAÑEZ PARLADORIO, J., op. cit., pág. 178b.

96 D. 42, 1, 2. Ulpianus libro sexto ad edictum. *Qui pro tribunali cognoscit, non semper tempus iudicati servat, sed nonnumquam artat, nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia. sed perraro intra statutum tempus sententiae exsequuntur, veluti si alimenta constituantur vel minori viginti quinque annis subvenitur.*

97 BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Commentaria*, t. V. *In primam Digesti Novi partem*, Venetiis 1615, fols. 105v-106r.

98 C. I. 7, 43. *Quomodo et quando iudex sententiam proferre debet praesentibus partibus vel una absente.*

99 BARTOLUS A SAXOFERRATO, *Commentaria*, t. VIII. *In secundam et tertiam partem Codicis* (lib. VII. *Authen. Qui semel*), Venetiis 1615, fols. 63v-64r.

100 GIRONDA, G., *Tractatus de gabellis, regibus Hispaniae debitibus*, Madriti 1594, págs. 65b-66a.

101 SUAREZ DE PAZ, G., *Praxis ecclesiastica et saecularis, in qua acta procesuum utriusque fori causarum cum actionum formulis sermone hispano composita et ad hodiernum stylum accommodata traduntur et ordinantur*, Matriti 1780, pág. 62b. Id., *Praxis ecclesiastica et saecularis cum actionum formulis et actis processuum hispano sermone compositis*, Francofurti 1661, pág. 43a.

102 Está equivocado el autor y el lugar, pues es Cortiada, que tiene 120 Decisiones, tratándose de la Decisio 17, nº 41 y nº 42: *impedito tempus non currit, intellige si est utile, secus si est continuum*. CORTIADA, M., *Decisiones cancellariae et sacri regii senatus Cathaloniae sive praxis iudicialium et competentiarum*

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

pre puede pedir prorrogacion del termino si lo pide en termino *ut l. remanente (sic) / 4 de precario*¹⁰³ y dilacion si despues de los diez dias que lo uno y lo otro se le da siempre. Rodriguez cap. 6 nº 32¹⁰⁴. Monteroso tratado 3¹⁰⁵. Gutierrez lib. 2 Practicarum questionum questione 116¹⁰⁶ Acebedo in d. l. 1 tit. 21 lib. 4 Recop. nº 42¹⁰⁷. Bobadilla in sua Politica lib. 3 cap. 14 nº 80¹⁰⁸ cum aliis et in terminis Lara de aniversariis lib. 2 cap. 10 nº 52 usque ad 53¹⁰⁹, porque si el reo presentase sus pruebas en el ultimo dia de los diez el actor no puede estar instruido en lo que alega y asi estamos en los terminos del capitulo ex tenore de testibus¹¹⁰ adonde se abre el termino y se reciben nuebas probanças porque no se pudieron prebenir las

regnorum inclytæ Coronæ Aragonum, t. I, Lugduni 1677, pág. 142a: *impedito tempus non currit, intellige si es utile, secus si est continuum: tum etiam quia nihil est, quod isto casu imputari possit parti, ideoque ex temporis cursu laedi non debet, qui negligens non fuit, alias ex alterius culpa damnum pateretur, quod aequitati consentaneum non est.* Alii verius affirmant, esse iuri communi contrarias, nam licet quando tempus est utile, illud non currat non dato iudice vel ipso existente infirmo, absente vel impedito. Tamen, quando tempus est continuum, ut in hac materia contentionum et competentiarum, currit etiam non dato iudice vel ipso existente infirmo, absente vel impedito.

¹⁰³ D. 43, 26, 4, 4. Ulpianus libro septuagensimo primo ad edictum. *Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur: intellegitur enim dominus, cum patitur eum qui precario rogaverit possidere, rursus precario concedere.*

¹⁰⁴ RODRIGUEZ, A., op. cit., fols. 120r-131v.

¹⁰⁵ MONTERROSO Y ALVARADO, G., *Pratica civil y criminal y instrucción de escribanos, dividida en nueve tratados*, Valladolid 1626, fol. 25r y ss.

¹⁰⁶ GUTIERREZ, J., op. cit. loc. cit. Está equivocado porque es lib. 1.

¹⁰⁷ ACEVEDO, I. de, *Commentariorum iuris civilis in Hispaniae regias constitutiones, quartum librum Novae Recopilationis complectens*, Salmanticae 1587, fols. 305v-306r.

¹⁰⁸ CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra y para jueces eclesiásticos y seglares...*, II tomo, Madrid 1775, págs. 311-312.

¹⁰⁹ PEREZ DE LARA, I., op. cit., pág. 395.

¹¹⁰ DECRETALES Gregorii IX, lib. II, tit. XX, cap. XXXV: *Publicatis attestacionibus admittitur adversarius ad probandum contrarium, si ante publicationem super hac probatione contraria instrui non potuit, hoc dicit, et est casus singularis: "Ex tenore vestrarum accepimus litterarum, quod cum vobis causam quae vertitur inter R. militem et M. mulierem, commiserimus sine debito terminandam... Fuit ex adverso responsum, quod (cum attestaciones iam essent hinc inde solemniter publicatae) locus productioni testium iam non erat. Quia igitur dubitatis, utrum post*

JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ

presentadas *et malitiis non est indulgendum*¹¹¹ et cap. *Pastoralis de exceptionibus*¹¹² cum Vulgatis y no tan solo procede esto ex parte actoris si no es que tambien despues de sentenciada la causa de remate si se alegase pago se admite e se modifica la sentencia que por opiniones nuebas se ponen. Gironda de Gabelis 4 p. § 2 nº 24¹¹³. Cevallos quest. 650 et 542 et 832¹¹⁴. Garcia de novilitate Glosa 2 § 3 ex nº 5¹¹⁵ Gutierrez de iuramento confirmatorio 3 p. cap. final nº 3 l¹¹⁶. si fundus § si pluris ff. de pignoribus¹¹⁷. Carlebal de iudiciis lib. 1 disput. 17¹¹⁸.

publicationem attestationum super illo articulo deberent testes admitti: nos inquisitionei vestrae auctoritate praesentium respondemus, testes mulieris ad probandum illum articulum admittendos.

¹¹¹ D. 6, 1, 38. Celso libro XIII Digestorum.

¹¹² DECRETALES Gregorii IX, lib. II, tit. XXV, cap. IV: *Iudex statuere debet terminum ad omnes dilatorias proponendas: post quem excipientem non audiet, nisi in tribus casibus hic exceptis: "Pastoralis... Quoniam per dilatorias exceptiones, malitiose nonnunquam causarum terminatio prorogatur, inquisitioni tuae respondendo decernimus, ut infra certum tempus a iudice assignandum, omnes dilatoriae proponantur: Ita quod si partes ex tunc alias voluerint opponere, quas non fuerint protestatae, nullatenus audiantur: nisi forte aliqua de novo sibi competens exorta fuerit: vel is, qui voluerit eam oponere, fidem faciat iuramento, se postmodum ad illius notitiam pervenisse.*

¹¹³ GIRONDA, G., op. cit., págs. 91b-92a.

¹¹⁴ CEVALLOS, H. de, *Speculum aureum opinionum communium contra communes*, t. II, Antuerpiae 1623, pág. 106=quaest. 650; págs. 46-47=quaest. 542. No hay quaestio 832, puesto que llega a la 800 y puede tratarse de la quaestio 732= pág. 170.

¹¹⁵ GARCIA DE SAAVEDRA, J., *Tractatus de hispanorum nobilitate et exemptione sive ad pragmaticam cordubensem quae est l. 8 tit. 11 lib. 2 Novae Recopilationis*, Compluti 1597, fols. 82v-89r (es el § 1 y no el § 3).

¹¹⁶ GUTIERREZ, J., *Tractatus de iuramento confirmatorio et aliis in iure variis resolutionibus*, Madriti 1613, cap. XIX, fol. 279v (el espoliado sin causa por el juez debe ser restituido).

¹¹⁷ D. 20, 1, 16, 6. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: *Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usuruarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: sed humanius est non amplius eum, quam quod re vera debet, dando hypothecam liberare.*

¹¹⁸ CARLEVAL, T., *Disputationum iuris variarum ad interpretationem regiarum legum Regni Castellae et illis similium, tam ex iure neapolitano quam ex utroque communi civili et canonico*, Madriti 1649, págs. 155-160: lib. I, tit. III, Disput. XVII nº 1 a 21.

EL DERECHO ROMANO, FUNDAMENTO DE LA ALEGACIÓN JURÍDICA...

(In marg.: N. 4)

De todo lo qual se infiere que abiendo el actor redarguido de falsos los instrumentos del reo se ha de recibir la causa a prueba conçediéndoles termino a las partes y el conocimiento principal ha de ser sobre la falsedad de los instrumentos ita Carlebal de iudiciis lib. 1 disputat. 4 n° 13¹¹⁹ allegans multos quos videre poteris Aflitis decisione 271¹²⁰ quae est singularis y este termino ha de ser comun y mas segura sera la doctrina porque si la prueba de la falsedad le tocase al actor conforme a lo dispuesto por la lei 115 tit. 18 P. 3¹²¹ siempre estaremos en mirar al fabor del actor que como hemos dicho siempre en la via executiba se ha de mirar ut extra dictis constat ne fraude.

¹¹⁹ CARLEVAL, T., op. cit., t. I, Madriti 1649, págs. 93-94, que no tratan de nuestra materia. En realidad es la disputatio VI, del libro I, tit. II, n° 13, pág. 54, que carece de numeración. La disputatio IV, del título I, pág. 391, tampoco se refiere a la materia aludida en la cita.

¹²⁰ AFFLICTIS, M. de, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, Venetiis 1612, fols. 245v-246r. Pasado el término para probar por testigos, no cabe admitirlos, salvo que se haga junto con los documentos presentados. Cf. PISANELLI, I.A.- CARRAVITA, P.- DE MARTINO, H. de- PULVERINI, M. A., *Additiones aureae decisionibus Mathei de Afflictis*, Venetiis 1600, Dec. 271, fol. 68v.

¹²¹ *Las Siete Partidas del sabio rey Don Alonso el nono, glosadas por el licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S. M., t. II*, que contiene la tercera, cuarta y quinta Partida, Madrid 1789, págs. 282b-284a: *Por quales razones las Cartas publicas que aduzen las partes ante los Juzgadores deven ser creydas o por quales non: "Aduzen las partes muchas vegadas en juzzio antel Juez cartas publicas para provar sus entenciones: e la parte contra quien usan de la carta, dize contra ella, que non deve ser creyda, porque aquel que la fizó, e cuyo nombre esta escrito en la carta, non es Escrivano publico. E quando atal contienda acaeciere, dezimos que el Juzgador deve mandar, que aquel que muestra la carta en juzzio, si se quiere ayudar della, que lo averigue, provando que aquel ome, que dize en la carta que la fizó, era Escribano publico, o que en lugar, do fue fecha, estava por escrivano publico, o era fama entre los omes de aquel lugar, que lo era e usava de aquel menester. E provando algunas destas razones, deve ser creyda la carta en juzzio; mas si alguna dellas non pudiesse provar, non deve valer, nin ser creyda en juzzio..."*

