LIBRERÍA
DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y JUECES,
QUE COMPUSO

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE LA CORTE,

Y HA REFORMADO DE NUEVO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA Y ENRIQUECIÉNDOLA SEGUNDA VEZ CON MUCHAS NOTAS Y ADICIONES, PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MAS MODERNAS,

EL LICENCIADO

DON JOSEF MÁRCOS GUTIERREZ:

Obra no solo necesaria á los Escribanos, Abogados y Jueces, sino tambien utilísima á los Procuradores, Agentes de negocios y á toda clase de personas.

PARTE SEGUNDA.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, de los juicios ordinario, executivo, y de concurso de acreedores, de las materias de competencias, avocaciones, &c. y de las instancias de apelacion, suplicacion, segunda suplicacion é injusticia notoria con sus correspondientes formularios: á todo lo qual ha añadido el Reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal, en que nunca se ha tratado de materia tan necesaria é importante.

TOMO IV.

QUARTA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID: EN LA OFICINA DE LOS SEÑORES GARCÍA Y COMPAÑÍA.
Año de 1807.

GUTIERREZ

FEBRERO

REFORMADO

4

P. G. S.

LIBRERÍA
DE ESCRIBANOS, ABOGADOS Y JUECES,
QUE COMPUSO

DON JOSEF FEBRERO,

ESCRIBANO REAL Y DEL COLEGIO DE LA CORTE,

Y HA REFORMADO DE NUEVO EN SU LENGUAGE, ESTILO, MÉTODO Y MUCHAS DE SUS DOCTRINAS ILUSTRÁNDOLA Y ENRIQUECIÉNDOLA SEGUNDA VEZ CON MUCHAS NOTAS Y ADICIONES, PARA QUE SE HAN TENIDO PRESENTES LAS REALES ÓRDENES MAS MODERNAS,

EL LICENCIADO

DON JOSEF MÁRCOS GUTIERREZ:

Obra no solo necesaria á los Escribanos, Abogados y Jueces, sino tambien utilísima á los Procuradores, Agentes de negocios y á toda clase de personas.

PARTE SEGUNDA.

De inventarios, tasaciones y particiones de bienes, de los juicios ordinario, executivo, y de concurso de acreedores, de las materias de competencias, avocaciones, &c. y de las instancias de apelacion, suplicacion, segunda suplicacion é injusticia notoria con sus correspondientes formularios: á todo lo qual ha añadido el Reformador una Práctica Criminal de España para complemento de la obra principal, en que nunca se ha tratado de materia tan necesaria é importante.

TOMO IV.

QUARTA EDICION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID: EN LA OFICINA DE LOS SEÑORES GARCÍA Y COMPAÑÍA.
Año de 1807.

Ca tenemos que todos los de nuestro señorío deven saber estas nuestras leyes (*Ley* 31 *tit.* 14 *P.* 5.). I deve la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, i que ninguno por ella resciba engaño (*Ley* 1 *tit.* 1 *lib.* 2 *Recop.* ó 1 *tit.* 2 *lib.* 3 *Nov. Recop.*)

PARTE SEGUNDA.

LIBRO SEGUNDO.

DE LA PARTICION DE LOS BIENES DEL QUE MURIÓ TESTADO Ó ABINTESTATO ENTRE SUS HEREDEROS LEGÍTIMOS Y EXTRAÑOS HAYA Ó NO MEJORA.

CAPITULO VI.

De los legados y condiciones que el testador puede poner en ellos: quando podrá revocarlos, ó se entenderán revocados: de dónde se han de deducir: si tendrá lugar en ellos el derecho de acrecer: quándo se compensarán ó no con lo que alguno debe á su muger ó á otros acreedores, y con la décima del tutor de sus hijos: si pertenecen al legatario, y cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produce despues hasta la entrega; y si revocándose el legado deberá restituir los que percibió.

§. I.

De la division de los legados, y de las cosas que pueden ó no legarse.

1 La materia del presente capítulo es no ménos precisa para el partidor que las demas del tratado de particiones, y aunque toqué algo de ella en mi primera parte (*a*), la trataré ahora con mayor extension. La manda ó legado „ *es una donacion ó dádiva que el testador hace en su última disposicion á alguno, ó por su alma, ó por amor de Dios, ó por hacer bien á quien se la dexa* (*b*). „ Las mandas se dividen en *forzosas y voluntarias*, y en *genéricas y específicas*. Las forzosas son *las que los testadores de estos reynos tienen obligacion de dexar en sus testamentos para la redencion de christianos cautivos, y conservacion de los Santos Lugares de Jerusalen, y para casar huérfanas*, cuyo importe son 36 maravedis á lo ménos por

(*a*) Cap. 5 §§. 8 y 9. (*b*) Leyes 6 tit. 6 y 1 tit. 9 P. 6.

una vez; y si los otorgan en esta corte, ó en ocho leguas de su contorno, para los Reales hospitales de ella, que deben percibir de cada uno 48 maravedis, ó lo mas que quiera (*a*). Y las voluntarias son *las que dexa por hacer bien á los legatarios, á su alma, ó á la de otro.*

2 Las mandas genéricas son *las de cosas que consisten en número, peso y medida, como trigo, vino, aceyte, dinero, &c. ó las de otras que se dexen con nombre apelativo ó comun*: v. gr. un caballo, una mula, &c. sin expresar qual. Para el percibo de estas compete al legatario accion personal é hipotecaria, y no la reivindicacion, por no transferírsele su dominio ántes de su entrega, y puede pedirlas al heredero en el lugar en que habita, ó empieza á pagarlas, ó en el en que el testador las mandó satisfacer, ó está la mayor parte de sus bienes (*b*). Las mandas específicas son *las que se designan con algun nombre particular, ó con ciertas señales*, v. gr. una casa sita en tal parte con tales linderos, un caballo de tal pelo, edad y altura, &c. y de estas siendo propias del testador y hechas pura ó simplemente, se transfiere incontinente que fallece, sin necesidad de tradicion, el dominio al legatario, á quien compete la accion de reivindicacion, por lo que puede pedirlas al heredero, y éste debe entregárselas en uno de tres lugares, que son: el en que habita ó están, ó en el en que se halla la mayor parte de los bienes del testador, excepto que éste prefina en quál debe hacerle su entrega (*c*).

3 No solo debe entregar al legatario el heredero la cosa específica propia del testador que le legó simplemente, sino tambien todo lo que le pertenece, y el incremento que tuvo desde que le fué legada hasta el dia que se la entregue, como lo dispone la ley 37 tit. 9 P. 6 que dice: „entregar deve el heredero á aquel á quien fué fecha la manda de la cosa que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciesse aquella cosa mandada. E esto seria como si le mandase un solar, é despues que gelo oviesse mandado, ficiesse el testador casa, ú otro edificio en él: cá estonce aquel á quien fué fecha tal manda, deve aver tambien la casa como el solar. E esso mismo decimos que seria si le ficiesse manda de un campo, é despues se acresciesse alguna cosa por avenidas de rios que le corriessen de cerca, ó se ayuntassen á él otras cosas, assi como

(*a*) Vease el n. 32 cap. 5. P. I. (*b*) Ley 48 tit. 9 P. 6 verb. Mas las otras cosas. (*c*) Leyes 34 y 48 tit. 9 P. 6.

árboles, ó fuesse hí (*allí*) puesta viña despues.,, Pero si el aumento se hizo en la cosa legada sabiendo el testador que era agena, nada de él ni de su estimacion debe llevar el legatario (*).

4 Al modo que el aumento de la cosa legada pertenece al legatario, cede tambien en perjuicio suyo su diminucion ó menoscabo, por lo que si despues de haberle legado el testador una casa, fundo, ú otra cosa, enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar. Lo propio milita si la casa se arruinó, pues únicamente le corresponderá el area ó solar en que estaba edificada, que es el residuo.

5 Puede legar el testador no solamente sus bienes, sino tambien los del heredero que instituye, sepa ó no que pertenecen á éste, y estará obligado á entregar la manda al legatario ó su estimacion, aunque no se transfiere en él ipsojure su dominio, como quando lo legado es propio del testador. Esto procede quando es único el heredero, ó aunque haya muchos, es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; pues si son muchos, y se grava á todos á restituir ó entregar la cosa que pertenece al uno, su dueño estará obligado parcialmente á entregarla ó su estimacion, á proporcion de la parte que le toque de herencia.

6 Tambien puede legar la cosa agena, y si al tiempo de hacerlo sabe que lo es, y acredita luego esto el legatario (**), vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla, ó si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es age-

(*) La ley inserta que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada, no distingue si para este efecto ha de ser agena ó propia del testador, y por lo mismo le corresponderá en ambos casos. De lo contrario es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion, como la hace en las cláusulas siguientes. »Otrosí decimos, que debe aver aquel á quien es fecha la manda, los frutos de aquella cosa que le fuesse mandada, si era de aquel que la mandó, desde el dia que el heredero entre la heredad por palabra ó por fecho. Mas si la cosa mandada fuesse agena, dévela comprar el heredero, é darla á aquel á quien el testador la mandó dar." Y por otra parte, si el testador da algun aumento á la cosa legada, no ignorando que era agena, manifiesta bastantemente que quiere ceda aquel en beneficio del legatario.

(**) Debe acreditarlo, ya porque al actor incumbe el cargo de probar, ya porque el heredero tiene á su favor la presuncion de que el testador no quiso gravarle con la adquisicion de cosa agena; pero á veces puede haberla grande por el legatario, y de que aquel no ignoraba ser la cosa agena, como si otro tenia la posesion de ésta, y el difunto no tuvo en ella ningun derecho, ni aseguró tenerle.

na, no vale el legado, ni por consiguiente tiene obligacion el heredero de dar su valor ó estimacion al legatario extraño; pues si es pariente, ó su muger, vale, y el heredero debe entregarle su valor, por presumirse que aunque supiera que era agena, se la habria legado por el afecto que es regular le profese. Y lo mismo procede, si lega lo ageno á un grande amigo ó criado suyo (*a*).

7 Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por ménos de lo que vale, en cuyo caso debe su heredero desempeñarlo y entregarlo al legatario. La misma obligacion tiene, si lo estaba por el tanto, ó por mas de su valor, supiese ó no el testador que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si quando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de éste era menor que el valor de la cosa, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo le legó el exceso (*b*); excepto que el legatario sea su pariente, ó persona á quien de qualquiera suerte siempre la hubiera legado, pues entónces debe el heredero redimirla y entregársela libremente.

8 Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que éste le habia entregado y tenia en su poder para seguridad del débito; mas á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que le debia, porque no es visto habérselo remitido sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dexado libre del empeño la alhaja (*c*), á ménos que sea otra la voluntad del testador, la qual por no presumirse, debe probar el legatario. Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta cantidad, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fué legársela, para lo qual supuso que se la debia, por lo que deberá dársela el heredero; y si fuere cierto el débito, tambien se la deberá dar y no mas, porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado (*d*) (*).

(*a*) Ley 10 tit. 9 P. 6 verb. Otrosí decimos. (*b*) Así lo dispone expresamente la ley 11 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 16 tit. 9 P. 6. (*d*) Leyes 19 y 20 tit. 9 P. 6. Greg. Lop. en la 20.

(*) "Falsa ó mentirosa razon diciendo el testador, dice la citada ley 20, quando ficiesse la manda, non le empece (*no le perjudica*) nin se embarga por ella. E esto seria como si dixesse: mando á fulano, ome que fizo tal honra ó tal servicio, tantos maravedis, ó tal cosa. Ca maguer (*porque aunque*) non fuesse verdad que le ovisse fecho aquella honra, nin aquel servicio, non se embargaria la manda por esta razon, ante es tenudo el heredero de la cumplir." Esta ley se ha tomado sin duda del §. 31 Inst. de legat. mas á pesar de las razones;

9 Del mismo modo puede legar las cosas nacidas, y que no han nacido ni exîsten como hijos de ganados, frutos de tierra, árboles, &c. con tal que se espere su nacimiento ó exîstencia (*a*), porque pueden donarse, venderse, hipotecarse y enagenarse por qualquier contrato; y el legado de estas cosas se puede llamar condicional en quanto á la disposicion, obligacion y accion, porque esta no compete ántes que aquellas nazcan; pero no es condicional para el efecto de impedir la transmision de lo legado.

10 Si el testador legó alguna cosa que se hallaba en otro lugar, dudando si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará, y de que hallada, se la entregará practicando á su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que expender (*b*). Y lo mismo procede quando el testador sabe que exîste, aunque en parage remoto, pues el heredero ha de buscarla á sus expensas y entregarla al legatario.

11 Puede legar en igual forma las cosas incorpóreas, como los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de casas ó fundos agenos. Y si despues de legado un débito le exîgiese del deudor, se entiende revocado el legado, y así no está obligado el heredero á entregar su importe al legatario; aunque lo contrario se ha de decir, si el deudor le satisfaciere sin pedírsele, porque entónces es visto que el testador quiso recibirle y tenerle guardado para el legatario (*c*).

12 Legando simplemente el testador, por exemplo, un fundo en que solamente tiene algun derecho ó esperanza cierta ó probable de adquirirle, ó parte en él, se entiende que lega únicamente tal derecho, ó tal parte, y no lo que no es suyo, ya lo sepa ó no, ya le dexe á persona conjunta ó á extraña, ya le pertenezca por razon de dominio ó por accion personal en virtud de contrato, y ya consiga

ó por mejor decir, sutilezas en que se apoya la expresada disposicion, me parece que generalmente hablando no se conforma, ó se opone á la voluntad del testador, quien sin ninguna ambigüedad dá á entender que dexa la manda por el motivo que expresa, y que no habiéndole no le dexaria. Por tanto, aunque no podemos contravenir á una ley tan terminante, deberán tenerse presentes estas palabras del Jurisconsulto Papiniano. "Es mas cierto que la causa falsa no obsta á la manda, porque la razon de legar no está anexa al legado; (*aquí se atiende á una sutileza y no á la voluntad del testador*) pero las mas veces, ó casi siempre tendrá lugar la excepcion de dolo, si se prueba que de otra suerte no se habria dexado la manda. *Ley 72 §. 6 de condit. et dem.*

(*a*) Ley 12 tit. 9 P. 6. (*b*) Ley 12 cit. (*c*) Ley 15 tit. 9 P. 6.

ó no por otro título, despues de dexado el legado, la cosa entera; pues en todos estos casos se debe solamente al legatario la parte ó derecho que al tiempo de dexar el legado competia en ella al testador; si bien en este último se entiende, quando hizo mencion del dominio ó derecho, diciendo: *lego á Pedro tal cosa mia, ó el derecho que me toca en ella*; porque si dixo, *lego á Pedro tal cosa*, comprándola ó adquiriéndola despues toda, se debe dar entera al legatario.

13 De lo expuesto se deduce que si el testador solo tiene el usufructo en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar aquel, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufructo se acaba con su vida (*). Asimismo se deduce que si el testador instituye muchos herederos, y grava al uno á que dé á otro alguna cosa hereditaria, se juzga gravado solamente á darle su parte, que es el derecho que le corresponde en ella, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas y dársela entera (**).

14 Teniendo el testador muchas cosas de una especie, como caballos, mulas ú otras, y legando una de ellas á un sugeto, y otra á otro sin distinguir, toca la eleccion al legatario nombrado primero, porque del hecho de nombrarle ántes se infiere que le tenia mayor afecto el testador.

15 Legando éste cierta cantidad al hijo ó hija que le naciere, y naciendo dos ó mas, aunque parece que cada uno percibirá toda la

(*) En este caso si el testador adquiriese despues la propiedad de la cosa legada, habrá el usufructo de pertenecer al legatario, y así lo dice la ley 24 ff de legat. 1 que de otra manera tiene por inútil el legado; pero ademas yo opino que prescindiendo de lo dispuesto acerca de este punto en las leyes romanas, y atendiendo á la voluntad del testador, deberán seguirse las reglas anteriormente expresadas en órden al legado de cosa agena; puesto que no teniendo el testador en la cosa legada sino un derecho que se acaba con su muerte y no pasa al legatario, viene á ser lo mismo que si fuese entéramente de otro. Y ¿por qué, como se dice en otros casos semejantes, no ha de sostenerse el legado pudiéndose sostener? ¿por qué no ha de valer una disposicion del testador en los términos en que pueda valer?

(**) Yo diria que en la especie presente, si hemos de atender á la voluntad del testador, el heredero gravado debe entregar al legatario la cosa legada íntegra, y que se le ha de imputar toda en su porcion de herencia, ó únicamente la parte proporcional á la suya hereditaria, si aparece que solo se le nombró para cometerle el encargo de hacer la entrega, en cuyo caso todos los herederos satisfacen el legado á proporcion de lo que les pertenece. La ley citada se alega tan mal en el dia, como suelen alegar otras infinitas de Justiniano nuestros intérpretes sin considerar las diferencias del derecho romano al nuestro, ni la diversidad de circunstancias ni de tiempos.

legada, se ha de distinguir: si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, y si hizo el legado distributivamente, diciendo: *si algun hijo ó hija me nace, le lego tanta cantidad*, debe llevarla cada uno insolidum, porque es visto haberla legado enteramente á qualquiera de ellos.

16 Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes á favor del hijo único con que se halla á la sazon, le funda con efecto, y por estar su muger preñada, dice: „Que al hijo ó hija que le nazca, lega, v. gr. mil ducados por via de alimentos;„ y le nacen dos gemelos varones ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la cantidad legada entre los dos póstumos, y ántes bien cada uno la debe percibir toda.

17 Legándose á un sugeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de estos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su estimacion, sin que obste el concurso de dos causas lucrativas (*), porque no proviene este de una sola persona sino de diversas, de las quales los derechos y acciones que les competian se refundiéron en una sola, y quando esto sucede, lo puede pedir todo. Mas para conseguir la cosa legada y tambien su valor, ha de pedir y percibir primero este, pues si pide y consigue aquella, de modo que se halla en quieta y pacífica posesion de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio (*a*): porque recibiendo ántes la cosa consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el qual no recibe aumento; y percibiendo solamente su estimacion,

(*) El concurso de dos causas lucrativas respecto á una misma cosa y persona es cierta especie de liberacion, por lo que si de la cosa que se debe por una causa lucrativa, se apodera plena é irrevocablemente el acreedor por otra causa lucrativa, se ha hecho de tal suerte suya que ya no puede hacerse mas, y el deudor quedará libre de su obligacion. En este sentido se dice que no pueden concurrir dos causas lucrativas acerca de una misma cosa y sugeto. Es verdad que si el acreedor obtiene la cosa por alguna causa onerosa, se hace tambien suya de modo que no puede hacerse mas; pero sin embargo el deudor de la misma cosa por causa lucrativa no queda libre, pues por haber el acreedor desembolsado el precio de ella, como que parece no la ha adquirido. Con esta explicacion que debo al célebre y elegante Arnoldo Vinnio (§ 6 *Inst. de legat. n.* 2) podrá qualquier lector entender lo que aquí se dice del *concurso de dos causas lucrativas*, y aparecerá con mas claridad que este no puede servir de óbice para que un legatario perciba la estimacion de una cosa y la cosa misma habiéndosela legado dos testadores.

(*a*) Ley 44 tit. 9 Partid. 6.

no consigue más que el precio de ella que es muy diverso, y fácilmente se pierde ó consume, por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella (*). Lo propio milita por la misma razon, quando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exîgir este ántes que aquella (*a*).

18 Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó género, y expresando la qualidad ó lo accesorio que solamente se halla en algunas de ellas, v. gr. diciendo: „Lego todos mis caballos con sus aderezos, todos mis anillos con sus piedras, todos mis fundos con sus aperos, &c. aunque parezca que únicamente corresponderán al legatario los que tengan lo accesorio ó la qualidad especificada por el testador, deberá llevar todos los de aquel género ó especie, ténganla todos, ó unos sí y otros no: porque se pone para declarar que ha de darse tambien al legatario con la cosa principal á que está anexa, y no para que se le entregue solamente la cosa en que se halla, excepto que el testador lo limite expresamente, diciendo: „Lego mis anillos que tienen piedras, mis caballos que tienen jaeces, aderazos, &c.„ pues entónces se entienden legadas únicamente las que tienen la qualidad ó lo accesorio.

19 Si el testador lega á uno un fundo determinado ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y solamente se encuen-

(*) La citada ley 44 de Partida admite la expuesta distincion que hace Justiniano en el §. 6. *Inst. de legat.* Mas ¿se apoya en algun fundamento sólido? ¿es conforme á razon? Yo no titubeo en condenarla como vana y contraria á la voluntad de los testadores. Entiéndase enhorabuena que quien tiene la cosa, tiene asimismo su estimacion, y por el contrario, que quien tiene la estimacion de la cosa no tiene la cosa misma. Sin embargo, como los dos testadores quisiéron favorecer al legatario, ha de disfrutar, perciba primero la cosa ó su estimacion, del beneficio de ámbos en los términos posibles, y la liberalidad del uno no debe obstar á la liberalidad del otro. Es evidente que quien lega una heredad que vale 10 pesos, quiere que el legatario, por el afecto que le profesa, perciba esta cantidad, aun quando consiga aquella, por habérsela legado otro al mismo tiempo; y si en algun rarísimo caso no fuese tal su voluntad, debaria acreditarlo el heredero, por estar la presuncion á favor del legatario, como en otros casos previenen las leyes: fuera de que si podria suceder que qualquiera de los dos testadores tuviese la expresada voluntad, tambien podria suceder que si hubiese sabido que el legatario habia de percibir la estimacion de la cosa, no le hubiese legado ésta.

(*a*) Dicha ley 44.

tra en su herencia el fundo ó cosa legada, ni será preferido el legatario de esta, porque en él se considere derecho mas poderoso por razon del dominio de ella que se le transfirió con la muerte del testador; ni el nombrado primero por creerse mas querido del testador, sino la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen; pues la voluntad del testador que quiso beneficiar á ámbos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

20 Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa determinada, v. g., viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela, ni su estimacion mas que una vez. Lo mismo procede, si le lega cosa que consiste en número, peso ó medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado, y así solo llevará una cantidad, á ménos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ámbas cantidades (*a*), al modo que el que en contrato promete una cantidad dos ó mas veces, no está obligado á pagarla mas que una vez.

21 Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregárselas ámbas, no probando éste la contraria voluntad del testador (*b*), ni habiendo habido alguna cierta causa para legar la cantidad segunda vez; pero si las cantidades son diversas y desiguales, las llevará ámbas el legatario, porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la mayor que la menor, ya por el contrario. Y lo propio milita, si le legó dos, la una puramente y la otra con condicion, pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado con añadir nueva y distinta qualidad, excepto que de su mente se infiera lo contrario: por manera que siempre que el testador varía el modo de dexar la manda á un mismo sugeto, sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiere multiplicarla.

22 Si el testador dice: „Lego mis vestidos, ó mi plata, mis caballos, ganados, &c.„ se entiende legar los que tiene, quando hace el legado, y no los que adquiera posteriormente, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa. Y lo mismo se entiende, si funda mayorazgo de todos sus bienes sin mas expresion, pues no se comprehenden en él los que adquiera en lo sucesivo.

23 Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno, teniendo

(*a*) Ley 45 tit. 9 P. 6. (*b*) Ley 45 cit.

este tambien hijos varones, ó á sus hijos teniendo igualmente hijas; en el primer caso solamente percibirán la cantidad las hijas, porque debaxo del nombre de hijas, no se comprehenden los varones; y en el segundo participarán tambien de ella, porque en el género masculino suele comprehenderse el femenino, y no éste en aquel, y lo mas digno no se contiene en lo ménos digno sino por el contrario.

24 Si habiendo legado el testador lo que tiene en cierta parte ó lugar, puso despues en él, ú otro con su consentimiento ó por su mandado algunas cosas, toca todo al legatario, aunque si por el contrario, éste ú otro sin noticia de aquel las hubiese puesto, nada debe llevar de ellas. Pero si el testador manda sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario. La razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega y no mas; y en el anterior se refiere á lo que está en aquel parage que señala, por lo que sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno.

25 Habiendo legado el testador á su muger ó á otro, v. g. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, si despues de legado le consumió y en su lugar puso otro, pertenece este al legatario, y se le debe dar hasta la cantidad concurrente y no mas; porque se presume que su intencion y voluntad fué subrogarle en lugar del que tenia y gastó, y de consiguiente dexar subsistente la manda.

26 Si lega á alguno tanto quanto perciba ó perciban el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad, porque la proposicion indefinida equivale á la universal, y si le lega tanto quanto corresponde á uno de sus herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido, pues en duda se entienden gravados en lo ménos que sea posible.

27 Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravámen de dar al legatario, v. g. ciento, están obligados á prorata á dárselos, y no cada uno de por sí insólidum. Lo mismo procede, si instituyendo muchos herederos, dice: „Mando que mi heredero dé á Pedro ciento;„ porque esta proposicion es indefinida, y por ignorarse quál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal. Pero sucederá al contrario, si el testador dice: „Qual-

quiera de mis herederos dé á Pedro ciento; „ pues entónces todos y cada uno de por sí insólidum tienen obligacion de dárselos, porque por este modo distributivo de hablar es visto haber querido gravar enteramente á todos y á cada uno á la solucion de los ciento que legó; de suerte que tantos quantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario.

28 Si el testador lega una casa, y despues se arruina, quema ó destruye toda, se debe al legatario el area ó suelo que quede, como parte de lo legado. Si en adelante reedifica sobre el area otra casa, no se le debe el area, ni lo fabricado nuevamente en ella, porque es casa nueva y distinta de la primera (*): „ni tampoco se le debe el area, porque dexa de serlo, y tambien dexa de ser parte de la primera casa legada, y se constituye parte de la nueva que no se le legó.„ Si esta segunda casa se arruina ó quema enteramente, tampoco se debe el area, porque es parte de ella. Pero si poco á poco se fué cayendo, y el testador la fué levantando ó reedificando, se le debe no solo el area sino tambien el edificio, porque se contempla la misma casa legada, y dura aunque renovada. Y en fin si le lega solamente el area, y posteriormente construye en ella algun edificio, se debe tambien al legatario lo fabricado como aumento de lo legado (*a*).

29 Legando el testador á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa: juntamente, v. gr. diciendo: „Mando á Pedro y Juan tal casa ó viña, &c.„ apartadamente, si dice en una cláusula: „Mando á Pedro tal casa,„ y luego en otra de la misma disposicion: „Que manda á Juan la propia casa;„ deben partirla con igualdad los legatarios, porque á cada uno se dexó simplemente é insólidum; y ya sean conjuntos ó separados en la cosa y palabras, ó disyuntos en estas y juntos en aquella, ninguno ha de llevar mas. Y si alguno de ellos muere ántes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun

(*) Yo opino contra Gómez y Febrero que la nueva casa pertenecerá al legatario, ya porque habiendo de ser suyo el solar debe corresponderle lo edificado sobre él, ya porque la ley 37 que se cita, y de la que se insertó parte en el n. 3 dice expresamente, que si habiendo el testador legado un solar, construyese despues sobre éste alguna casa, le toca al legatario; y ya porque es evidente que edificando de nuevo el testador sebre dicho solar, quiere que pertenezca al legatario el edificio, mayórmente quando de lo contrario hubiera revocado la manda. Nada obsta á lo expuesto, ni hace variar la voluntad del testador la frívola razon de que lo construido *es casa nueva y distinta de la primera.*

(*a*) Ley 37 t. 9 P. 6.

impedimento, por el que no puede adquirirla, se acrece al otro, sea dividua ó individua (*a*).

30 Y si uno de estos legatarios sucede al otro, puede aceptar la parte que le corresponde, y repudiar la perteneciente al colegatario, ó por el contrario, si á uno de los dos impuso gravámen el testador y al otro no, excepto que conste manifiestamente haber querido que el uno llevase la cosa y el otro su estimacion; pues entónces el legatario que sucede al otro, lo conseguirá todo, porque hace de dos personas, y quando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida enteramente en este el de ámbos y podrá pedirle.

31 No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que le hizo el testador en una cláusula y oracion, aun quando sea por exemplo de una cabaña ó cosa semejante en que se comprehenden otras muchas, pues se estiman por un solo cuerpo y legado (*b*).

32 Muriendo el legatario despues que el testador sin haber aceptado ni repudiado el legado, si dexa varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar sus partes, aunque los otros no quieran las suyas, sea la manda de una cosa absolutamente sola, ó de cosa que comprehenda muchas, porque el legado, y su obligacion y accion se dividen proporcionalmente entre ellos, y así podrá cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta ó repudia todo lo que le toca (*c*). Pero ninguno de los herederos del legatario podrá admitir ó rehusar parte de la que le corresponde.

33 No milita lo expuesto, quando el testador hace el legado por partes en diversas cláusulas y oraciones, pues entónces se permite al legatario que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomode, porque en este caso viene á haber muchos legados separados, y por tales se estiman.

34 Lo mismo procede, si le lega muchas cosas determinadas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere y dexar las demas; pero si le lega dos, la una con gravámen y la otra sin él; v. gr. cien pesos y un siervo, con tal que le dé libertad; no ha lugar á la admision de la una sin la otra, y si no quiere libertar al siervo, no percibirá la cantidad legada, y sin embargo quedará libre (*d*).

35 Dexando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse, y tomar despues

(*a*) Ley 33 tit. 9 P. 6 y su glos. 6. (*b*) Ley 36 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 36 cit. (*d*) Dicha ley 36.

la otra, porque no se le permite; y si dexa la eleccion al arbitrio de un tercero, y éste no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea (*a*). Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá pedir y tomar la otra, como si no hubiese hecho la eleccion.

36 Si dexa á dos junta ó separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes y ha de elegir aquel á quien toque, el qual está obligado á pagar al otro la parte que le corresponde del valor de la cosa. Y si se legó á uno dexándole la eleccion, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio (*b*).

37 Comprando el legatario ó adquiriendo por otro título en vida del testador ó despues de muerto la cosa agena que éste le legó, sea del verdadero dueño ó de un tercero, sea con ignorancia ó ciencia de que se le habia legado, y era agena, no pierde la manda, y así puede pedir su estimacion, háyasele dexado pura ó condicionalmente. Mas si la compra á su heredero, no podrá exîgir su valor, porque es visto renunciar el legado.

38 Siendo del testador la cosa legada, si la dexó condicionalmente ó á dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia, pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su valor, luego que llegue el dia ó se cumpla la condicion. Y habiéndose legado puramente, si el legatario durante la vida del testador ó despues de ella la compra, ó adquiere ignorantemente del heredero, tiene derecho á su estimacion; mas no si la compra con cierta ciencia de estarle legada, por creerse que renunció la manda.

39 Si el testador instituye heredero gravándole con algun legado, y le da substituto, es visto ser gravado tambien éste, y así debe dar al legatario la misma manda que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetida, sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la substitucion: excepto que aparezca tácita ó expresamente lo contrario de la voluntad del testador, como quando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al substituto con que entregue otra diversa: ó quando la causa por la que gravó al heredero, no tiene lugar en el substituto, &c.

(*a*) Ley 25 tit. 9 P. 6. (*b*) Ley 29 tit. 9 P. 6.

40 El testador puede libertar á sus deudores de lo que le deben, y este legado de liberacion no solo aprovecha á ellos y á sus herederos sino tambien á sus fiadores, aunque por el contrario haciéndose á estos no aprovecha á ninguno de los demas.

41 Pero es de notar que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo, no le prueba, ni el testador puede ser reconvenido por él, pues solamente tiene fuerza de legado, excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, y así el sugeto, á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por la deuda, si no la justifica por otros medios legales, porque se convierte en legado ó fideicomiso por la tácita voluntad del difunto que para dexarle supuso haber débito.

42 Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en disposicion última es visto remitirse el puro, vencido y de presente, no el condicional ó á dia cierto, excepto que se exprese otra cosa; y en la general solo se comprehenden las deudas personales á favor del difunto, no las reales ó hipotecarias; de modo que si uno posee alguna cosa de éste, sobre la qual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende comprehendida en el legado de remision, y así el heredero puede repetirla del poseedor.

43 De quatro maneras puede hacerse el legado de liberacion: la primera, expresamente: la segunda, diciendo el testador: dexo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe: la tercera diciendo: Mando ó gravo á mi heredero á que no pida á Pedro lo que me debe; y la quarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para la seguridad de la deuda. Y si el testador lega á un tercero el instrumento de ella, es visto legarle la misma deuda y gravar á su heredero á que se le entregue, cediéndole las acciones correspondientes para su cobranza (a): lo qual sucede tambien en los contratos, pues si el tal instrumento se vende, dona, ó transfiere por otro título, se entiende vendida, donada, ó transferida la cosa ó accion contenida en él.

44 Quando se legan á los menores los alimentos hasta la pubertad, ha de ampliarse ésta en los varones hasta los 18 años y en las hembras hasta los 14, ya por piedad, y ya porque hasta dicha edad no pueden adquirir regularmente con su industria lo necesario para vivir, excepto que el testador prefina hasta quando se les ha de contribuir con ellos, y no señalando éste el tiempo se les han de dar por

(a) Ley penúlt. tit. 9 P. 6.

toda su vida. La cantidad que en todos casos se les ha de dar, si quando vivia, los alimentaba, y no se la consigna, ha de ser la que les daba al tiempo que falleció; y si en vida variaba, dándoles unas veces mas y otras ménos, ha de dárseles la que al mas cercano de su muerte solía darles. Por alimentos se entienden la comida, el vestido, calzado y la habitacion, no la enseñanza, sino es que el testador la exprese; por lo que si éste dexa alimentos á alguno ó lo necesario para vivir, se comprehende en ellos lo dicho (*a*): si le lega los alimentos diarios, se le debe dar únicamente la comida; y para hacer una regulacion prudente y caritativa, quando se han legado simplemente sin señalamiento de quota, ni constar quanto daba el testador al legatario ó á otros de su condicion, se ha de atender á ésta, y á las facultades y rentas de los bienes de aquel (*b*), sin que por no ser bastantes las rentas se deba enagenar la propiedad de sus bienes.

§. II.

Qué condiciones puede imponer el testador en los legados: quándo estará obligado el legatario á cumplirlas, y percibirá el legado; y si se entienden repetidas en el substituto.

45 De seis modos puede hacer los legados el testador; á saber, *puramente, á dia cierto, con condicion, baxo de cierto modo, con alguna señal ó demostracion, y con causa* (*c*). Se entiende hecho *puramente* el legado, *quando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspenda pedirle ni entregarle*; y al que alega no haberse dexado puramente, incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él.

46 Se dice legado *á dia, quando el testador le dexa, sea de cosa ó cantidad, señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar y se puede pedir.* En este legado, si el dia es cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad*, nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle ántes que llegue, y se transfiere su dominio en el legatario y en sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca ántes que el heredero acepte la herencia (*d*) (*); y

(*a*) Ley 2 tit. 19 P. 4. (*b*) Ley 24 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 2 tit. 4 P. 6. (*d*) Ley 34 tit. 9 P. 6.

(*) En dos crasos errores incurrió aquí Febrero. El primero es decir que en el exemplo que propone de legado á cierto dia, nace la accion de pedirle y la

así puede pagarle éste ántes que venga el dia ó tiempo prefinido, porque es preciso que llegue. Y si el dia es incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien pesos para quando cumpla 25 años, ó Juan tenga 20*; en atencion á que puede no llegar, se tiene por condicion, ha lugar en este legado lo que en el condicional, en que es preciso cumplirla para percibirle (*a*), y ántes que el dia llegue, no se transfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. Si al menor se dexa algun legado ó fideicomiso para quando sea de edad legítima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para quando tenga 25 años, lo qual procede, aunque impetre la venia para su administracion.

47 Pero si el legatario muere ántes que llegue el dia, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro, de lo qual se sigue que si el testador hace una manda en estos términos: *lego á María cien ducados, los quales tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará quando tome estado*; y muere la legataria ántes de tomarle, se transmite á

obligacion de pagarle ántes que aquel llegue. Si hubiese dicho que ántes del dia nacia la accion á pedirle y la obligacion á pagarle para quando llegase, habria dicho lo mas que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero abanza mas de lo que abanzó el derecho romano, segun el qual, aunque el dia cierto no impedia que se debiese ántes de él lo prometido ó legado, servia de óbice para que no se pudiese pedir. El segundo error es afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto se transfiere despues de muerto el testador y ántes que aquel llegue, en el legatario y en sus herederos. Febrero habla en su exemplo de cierta cantidad de dinero, y esta nunca puede adquirirse sin la percepcion; mas aun quando el legado fuese específico, no podria pasar su dominio al legatario ántes de llegar el dia; pues seria un absurdo que pasase á otro el dominio de una cosa ántes del tiempo en que quiso transferirle su dueño, y aun ántes del tiempo en que aquel pensó adquirirle. De otra manera un acto tendria mas virtud y eficacia de la que su autor quiso tuviese. La ley de partida que cita Febrero, no prueba nada de lo que afirma. He aqui las palabras de ella que hacen al propósito. »E aun decimos, que luego que el testador es muerto, passa el señorío de la cosa que es assi mandada, á aquel á quien es fecha la manda. E maguer (*y aunque*) muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, ó en ante que él entre la possession de aquella cosa que le fué mandada, por todo esso heredará aquella manda el su heredero, que oviere derecho de heredar los otros sus bienes de aquel á quien fué fecha. E esto sería, si la manda fuesse de tal manera, que fuesse fecha puramente, ó á tiempo cierto: mas si fuesse fecha so condicion, non sería assi.» Quando dice la ley que el dominio de lo legado pasa al legatario, luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y quando hace mencion de la hecha á dia cierto, es para decir que se transmite al heredero del legatario, aun quando éste fallezca ántes de percibir la manda, ó de aposesionarse el heredero de la herencia, sin embargo de que lo contrario sucede en el legado condicional.

(*a*) Ley 31 tit. 9 P. 6.

sus herederos: lo primero, porque se hizo pura ó simplemente, difiriendo despues su solucion para el tiempo de tomar estado, en cuyo caso no contiene condicion sino dia y dilacion para pedirla ó hacerla; y lo segundo, porque siempre que la condicion no se refiere á lo sustancial de la manda sino á su execucion ó entrega, es transmisible: de suerte, que entónces la voluntad del testador no fué privar de ella á la legataria por no tomar estado, sino ántes bien beneficiarla en qualquier caso, y que incontinente adquiriese derecho á la manda, y para que no la gastase, que su heredero la tuviese en depósito miéntras le tomaba, pues de lo contrario lo expresaria.

48 Si el padre teniendo hijos legítimos mandó á una hija natural, v. gr. mil ducados para casarse, los quales cabian en el quinto, y ántes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, percibirá esta dicha cantidad, ya porque el legado fué puro, no modal ni condicional, y quando el modo puesto por el testador es respectivo solamente á la comodidad del legatario, no se halla obligado éste á cumplirle, ni por tal defecto dexará de percibir el legado; y ya porque como la hija tenia derecho á los alimentos, es visto haberle hecho su padre el legado en parte de pago de éstos; y así, debiéndosele en vida, puede retenerle ella ó su heredero por via de excepcion, de suerte, que aunque la hija no quiera casarse, se le debe el legado.

49 Con *condicion* se pueden hacer el legado é institucion: v. gr. *Lego á Pedro tal alhaja ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto, ó si sucediere tal cosa.* La palabra *si* indica condicion y la *para* modo. Las condiciones son de varias clases: unas se llaman *potestativas*, y son *aquellas cuyo cumplimiento depende de la mera voluntad y facultad de aquel á quien se imponen*, como *dar ó hacer alguna cosa, ir á cierto lugar propinquo y fácil, &c.* (*a*) las quales debe cumplir el heredero ó legatario despues de la muerte del testador para la percepcion de la herencia ó legado.

50 Otras se llaman *casuales ó contingentes*, y son *las que solo dependen de la casualidad ó fortuna, y pueden cumplirse ó no*: v. gr. *Si tal navío viniere de las Indias, si Pedro ascendiere á tal dignidad, si tal cosa aconteciere, &c.* en cuyos casos y otros semejantes de qualquiera naturaleza y qualidad hasta que se cumple la condicion, no tiene derecho el legatario á la manda, ni el heredero extraño á la herencia (*b*).

51 Otras se llaman *ciertas ó necesarias*, *las quales tienen la aparien-*

(*a*) Ley 7 tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 8 tit. 4 P. 6.

cia de casuales, y no lo son, por lo que es preciso se cumplan: v. gr. *si Pedro muriere, &c.* y así no hacen el acto condicional, ni suspenden su virtud ni efecto, y de consiguiente el legatario y heredero pueden pedir la manda y herencia, luego que muere el testador (*a*), porque fuéron puras, como si no hubiera condicion.

52 Otras son *mixtas de casuales y potestativas*, y se llaman así, *porque su cumplimiento depende de la voluntad del hombre y de la casualidad*: v. gr. *Hacer algun contrato ó negocio con alguno, contraer matrimonio con cierta persona, ir á tal parte, venir de tal tierra, &c.* y en estos casos y otros semejantes es forzoso se cumpla la condicion, para que el legatario perciba la manda y el heredero extraño la herencia (*b*).

53 Se pueden cumplir estas condiciones así en vida del testador como despues de su muerte, porque no dependen enteramente del legatario ó heredero, y el testador solo atiende á que tengan efecto, y no al tiempo en que se ha de verificar su cumplimiento.

54 Otras son de *presente*, otras de *pretérito* y otras de *futuro*: de presente, v. gr. *Si esto es así, lego tal cosa á Juan*: de pretérito, v. gr. *Si Juan hizo tal cosa, ó si esto sucedió*: de futuro, v. gr. *Si la hiciere, ó si sucediere.* Las dos primeras siendo verdaderas obligan al instante, y no suspenden el acto, por lo que el legatario y el heredero percibirán el legado y la herencia; pero sino son ciertas, es nula é ineficaz la disposicion. Las de futuro ningun efecto causan al presente, y sí solo hay la esperanza de que le surtirán con el tiempo (*c*).

55 Otras son *expresas* y otras *tácitas*. Se llaman expresas *las que el mismo testador pone por su propia boca en la institucion ó legado*: y tácitas *las que en alguna disposicion se entienden puestas por derecho, aunque el testador no las ponga*, lo qual sucede en muchos casos, de los quales se han expuesto varios en los lugares oportunos de esta obra.

56 Otras consisten en *dar* y otras en *hacer*; y siendo posible lo que el testador manda dar ó hacer, no percibirán el legado ó herencia el legatario ni heredero hasta que lo cumplan. Pero si la condicion es *prohibitiva*, como quando le encarga que no dé, ó no haga tal cosa, y puede cumplirla, debe dar la caucion *Muciana* con fianzas de que no la dará ó no hará, para que se le entregue el legado, porque de lo contrario no le percibirá; y si despues de percibido procede contra lo prometido, ha de restituir el legado con frutos (*d*). Si

(*a*) Dicha ley 8. (*b*) Ley 9 tit. 4 P. 6. (*c*) Ley 21 tit. 9 P. 6. (*d*) Leyes 7 y 14 tit. 4 y 22 tit. 9 P. 6.

el testador manda al legatario que jure darla ó hacerla, se tiene por no puesto el juramento, aunque sin embargo no ha de percibir lo que le legó, hasta que cumpla su mandato; y si el juramento es sobre cosa pasada ó presente, debe hacerle, y de lo contrario nada tomará del legado (*a*).

57 Otras condiciones son *posibles* y otras *imposibles*; posibles son *las que de hecho por naturaleza ó derecho pueden cumplirse*: *imposibles, las que por ninguno de estos medios se pueden hacer ni cumplir, ó que son contra buenas costumbres*: de hecho, v. gr. *lego á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si tocare al cielo con el dedo, ó si diere á Juan un monte de oro*: por naturaleza: *si el hijo fuere mayor en el nacimiento que su padre*: *si el calor enfriare, ó el frio calentare*: por derecho: *si el hijo no alimentare á sus padres pobres pudiendo*: *si Juan se casare con muger que le está prohibido casarse*. Estas condiciones y otras semejantes como ridículas, desarregladas é imposibles se consideran no puestas, de suerte que por no cumplirse no se invalida la institucion ni legado (*b*); si bien en los contratos sucede lo contrario, pues de qualquiera forma y naturaleza que sean, los vicia y anula la condicion imposible afirmativa, aunque no la negativa necesaria: v. gr. *me obligo á darte tanta cantidad, sino tocares con el dedo en el cielo*; pues es constante que ninguno puede tocar ni llegar al cielo, y así quien se obliga, debe cumplir lo que promete (*c*).

58 Baxo de cierto modo se pueden hacer tambien los legados, por lo que se llaman *modales*, como quando el testador lega á uno alguna cosa ó cantidad, porque dé ó haga algo, cuyo *porque* que parece casual, equivale á *para*, y asi la virtud y efecto de este legado son que el legatario no pueda pedirle, ni se le deba entregar ántes de cumplir el modo con que se le hizo, sin dar caucion ó fianza y seguridad de cumplirle (*d*); excepto que el testador quiera expresa ó tácitamente que ántes que se le entregue, le cumpla, pues entónces no basta la fianza. Esto procede, aunque el testador añada condicion al modo, diciendo: *lego á Pedro cien ducados con la condicion de que dé ó haga esto*; pues será modo y no condicion, porque mas se atiende á su mente y voluntad que á las palabras con que la declara; y siempre que quiere que lo que ordena, se cumpla ántes que su disposicion, será *condicion*, y si despues, será *modo*, el qual no suspende la dispo-

(*a*) Ley 6 tit. 4 P. 6. (*b*) Ley 3 tit. 4 P. 6. (*c*) Ley 17 tit. 11 P. 5. Pueden verse las dos notas del n. 177 c. 5 P. I. (*d*) Ley 21 tit. 9 P. 6.

sicion. Ademas, faltando la condicion se irrita ó invalida ipso jure la disposicion, y no se transmite la herencia al sucesor; pero aunque falte el modo, no se anula, y debe cumplirse.

59 Cumpliendo el legatario el precepto del testador, adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero ántes de cumplirle, aunque dé fianza, solamente se le transfiere el revocable, de suerte que si no le cumple, debe restituirla con frutos (*a*), y el legado hecho baxo de modo se transmite á los herederos del legatario, por lo que así como éste puede conseguirle cumpliéndole, así tambien aquellos; é igualmente se les transmite la facultad de dar la caucion de cumplirle. Quando el testador se explica con palabras que pueden aludir al *modo*, ó á la *condicion*, mas bien se ha de creer el primero que la segunda.

60 Se hacen tambien los legados con *demostracion*; esto es, con alguna señal ó algun aditamento que designe la cosa legada: en cuyo caso, si la demostracion es verdadera, vale el legado, y si es falsa, tambien vale regularmente: v. gr. *Lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donáron*; pues aunque no fuese comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, es válido el legado: ó si dice: *lego á Pedro tal alhaja, porque me hizo tal servicio*; pues aunque no haya hecho lo que el testador supone, vale la manda (*). La razon consiste en que la demostracion ó solemnidad extrínseca puesta en ella no es necesaria, y así no debe viciarla, pues la que interviene en algun acto sin que se requiera para su validacion, no le vicia: lo qual milita, no solo quando la manda es específica, sino tambien de cantidad, si se lega está como cuerpo ó especie y exîste, porque sino exîste, es nula: v. gr. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuentra, no es válida la manda, por no constar de tal cuerpo ó especie legada (**).

(*a*) Ley 21 tit. 9 P. 6.

(*) Este segundo exemplo lo es de un legado causal, y pertenece al n. sig. donde se pone el mismo exemplo. Por tanto, padeció aquí Febrero una de sus muchas y crasas equivocaciones.

(**) La regla de que la demostracion falsa tocante á la cosa legada no vicia la manda, puede padecer muchas excepciones, sino por causa de tal demostracion, por razon de algun otro aditamento, ó de alguna otra circunstancia; y así, en todo legado hecho con dicha demostracion debe exâminarse atentamente la voluntad del testador que habrá de observarse. Y en órden al error que puede padecerse en el nombre del legatario ó de la cosa legada, acerca del qual no habla Febrero, no será fuera de propósito insertar en este lugar las le-

61 Pueden asimismo ser *causales*, ó hacerse con causa los legados, como si el testador dice: *lego á Pedro tanta cantidad ó tal alhaja, por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio (*a*): lo qual se entiende, sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su

yes 9 y 28 t. 9 P. 6 que tratan de dicho error. Ley 9. "La persona de aquel á quien es fecha la manda, debe ser puesta é nombrada ciertamente, de guisa (*de manera*) que puedan saber quál es, ó por su nome, ó por otras señales, ca si cierta non fuesse, non valdria la manda. E esto seria como si el testador oviesse dos amigos que oviesse el uno nome assi como el otro, é dixesse assi: mando á fulano mio amigo tantos maravedis, ó tal cosa, é non dixesse el sobrenome (*apellido*) de aquel á quien lo mandava. Ca pues que non se puede saber ciertamente quál de aquellos sus amigos quisiera el testador que oviesse aquella manda, por ende (*por tanto*) non vale, nin es el heredero tenudo de la cumplir. Pero si fuesse cierta la persona de aquel á quien fuesse mandada, maguer errase el testador en el nome, ó el sobrenome de aquel á quien la ficiesse, non empeze (*no perjudica*) tal yerro, nin se embarga por ende la manda." Ley 28. "De legatis tertio en latin, tanto quiere decir en romance, como una razon que es escrita en el derecho, que muestra por qué palabras pueden ser dexadas las mandas. E decimos, que por todas palabras que ayan entendimiento (*sentido*) que sean guisadas (*razonables*) é convenibles para espaladinar (*declarar*) las cosas que el facedor del testamento quiere mandar á otri, pueden ser otorgadas é puestas las mandas en los testamentos, ó en el codicilo que alguno ficiere, ca si de otra guisa las dixesse, non valdria la manda: é esto seria como si el testador oviesse voluntad de mandar oro á alguno, é dixesse que le mandava laton, creyendo quel oro habia tal nome, ca estonce non valdria tal manda, maguer aquel á quien fuesse fecha, quisiesse probar que su intencion del testador era de mandarle oro é non laton. E esso mismo decimos que seria en todas las otras cosas que han nomes generales, en que acuerdan los omes comunalmente en cada tierra en nombrarlas: assi como plata, ó vino, ó pan, ó paños, ó vestiduras, é todas las otras cosas semejantes destas. Ca en qualquier de estas cosas sobredichas, si el testador errase el nome de la cosa que mandasse, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando (*creyendo*) que aquel que él decia era su nome, non valdria la manda. Pero en las cosas que han nomes señalados, assi como son los omes, non seria ansi. Ca maguer el testador errasse en el nome de algun ome, diciendo otro nome é non el suyo, cuidando que aquel era su nome que él le decia, valdria la manda, é non se embargaria por tal yerro si fuere probado que su entencion era del testador, que aquella persona que nombró, oviesse tal manda. Otrosí decimos, que quando los facedores de los testamentos usan tales palabras en las mandas, diciendo: mando, é quiero que fulano aya tal cosa, ó placeme, ó tengo por bien que la aya: ó dice al heredero, creo que tú darás tal cosa á fulano, ó déxolo en la tu fé que lo cumplas: ó dice el testador, quiero que el mio heredero faga tal cosa. Ca usando el testador qualquier destas palabras sobredichas quando ficiesse la manda, ó otras semejantes dellas, porque pueda ser entendida la entencion ó la voluntad dél, valdria la manda que assi fuesse fecha."

(*a*) Ley 20 tit. 9. P. 6.

heredero pruebe que á saber que no era cierta, no haria el legado, pues entónces esta excepcion le vicia. Y se puede probar verdadera ó presuntivamente: verdaderamente, si el testador lo dixese ó protestase delante de testigos; y presuntivamente, quando la causa es respectiva á la consanguinidad ó afinidad: v. gr. *Lego á Pedro tanta cantidad, porque es mi pariente*, pues no siéndolo, no vale el legado.

62 Ultimamente pueden hacerse los legados é instituciones de un modo alternativo, cómo si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero: á Pedro ó Juan lego tal cosa*: en cuyos casos todos han de admitirse igualmente (*a*) (*).

63 Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condiciones juntas en forma copulativa que se dirigen á diversos fines, deben cumplirlas todas para poder percibir el legado ó herencia: v. gr. *mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero, si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario é hiciere tal iglesia.* Y si las pone disyuntiva ó separadamente: v. gr. *mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*; basta que cumpla qualquiera de ellas (*b*).

64 Lo propio milita, quando aunque esten puestas copulativamente, miran á un solo fin: v. gr. *si Pedro muriese sin hijos, y fuere Presbítero, sea mi heredero Juan, ó substituyo á Juan*; pues como la mente del testador es proveer de substituto por la carencia de los hijos que origina tambien el presbiterato, basta que sea Presbítero, para que el substituto pueda llevar la herencia. Y lo mismo procede en la substitucion.

65 Si pone una condicion á muchos, basta que qualquiera de ellos la cumpla, ó que se verifique en uno, para que sea válida la institucion ó legado (*c*). Y si instituye ó dexa muchos herederos ó legatarios, á unos con condicion y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos ó nombrados pura ó simplemente, y aquellos no tomarán nada

(*a*) Ley 4. Cod. de Verbor. & rerum significat.

(*) Segun se dice en la ley 4 del código citada, hubo ántes de Justiniano tal diversidad de opiniones sobre la institucion ó legado alternativos que podia escribirse acerca de ellas un no pequeño libro, y dicho Emperador para cortarlas mandó que tales institucion y manda se tuviesen por copulativas; de suerte, que lo mismo es decir Pedro ó Juan sea mi heredero, que Pedro y Juan sean mis herederos; pero bien pudo Febrero pasar en silencio una institucion y un legado que acaso no se habrán hecho nunca, ni se harán jamás, aunque por otra parte es cierto que puede haber equivocacion al tiempo de escribirlos.

(*b*) Ley 13 tit. 9 P. 6. (*c*) Dicha ley 13.

hasta que cumplan la condicion; excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las diligencias conducentes no puedan conseguir su cumplimiento; pues por no tener culpa ninguna se tiene la condicion por cumplida (*a*).

66 Regularmente hablando debe el legatario cumplir la condicion posible que le impuso el testador, segun expresó éste, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni de un modo equivalente.

67 Siendo *causal* la condicion puesta al legatario no pasa al substituto, ni se entiende repetida en su persona; pero si es *potestativa ó mixta*, se cree haberse repetido en el substituto ó conjunto, ó en aquel á quien pasa el legado, porque en aquella solo se atiende á que se cumpla la carga ó gravámen; excepto que sea coherente á la persona, y nadie mas pueda cumplirla, como *casarse*, *aprender cierta ciencia* y otras semejantes (*).

§. III.

De la revocacion de los legados: quándo se entienden revocados, y de dónde se deben deducir, dexe el testador herederos legítimos ó extraños.

68 Como la voluntad del testador es variable hasta la muerte, puede revocar siempre que quiera los legados expresa ó tácitamente. Será *expresamente*, quando en la misma disposicion, ó en otra posterior dice que los revoca, ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en quanto á ellos, ó la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele, mas no, si éste lo hace sin su órden (*b*); *y tácitamente*, quando se presume é infiere de su mente, pues al modo que los puede dexar por señales, los puede revocar tambien por estas, aunque hubiese hecho la entrega de ellos.

69 Se entienden revocados, quando despues de hechos se originó enemistad capital entre el testador y el legatario, aunque si luego se reconciliaren, convalecen por la nueva y tácita voluntad del primero.

70 Lo mismo procede, quando la cosa legada se pierde, ó muere despues sin culpa del heredero ni negligencia en su custodia; y dudándose si se perdió por su culpa, ó se escondió con su noticia, debe

(*a*) Leyes 12 y 14 tit. 14 P. 6.

(*) Para saber quando se entiende repetida la condicion en el substituto, la principal regla que puede darse, es que se exâminen bien las palabras de la disposicion, la condicion misma, las circunstancias de las personas, &c.

(*b*) Ley 39 tit. 9 P. 6.

dar seguridad de que hallada que sea, la entregará. Se entiende haber tenido culpa, quando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó tardó de intento en entregarla, ó tuvo en esto negligencia, pues entónces perece por su culpa (*a*).

71 Igualmente se entiende revocado, quando por contrato lucrativo como donacion enagenó del todo el testador la cosa legada; y aun si fué por contrato oneroso como venta, si lo hizo por su mera y libre voluntad; mas lo contrario se ha de decir, si la enagena por necesidad que en duda se presume, á ménos que el heredero pruebe no haberla tenido (*b*): lo qual se amplia, aunque despues de enagenada la redima, ó compre al que se la compró.

72 En los propios términos se entiende revocado el legado, quando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera, porque dexan de ser lo que eran, y se transforman en otras cosas (*c*).

73 En el legado de lana hecho simplemente se comprehende la trasquilada y separada del cuerpo del animal, esté sucia ó lavada, carmenada ó sin carmenar, ó peinar, hilada ó sin hilar; como tambien la piel que la tiene, por no haberse trasquilado, no la que está pegada al cuerpo del animal, ni la hecha tela ó teñida. Pero en el lino es al contrario, pues esté hilado y hecho tela ó no, se incluye de todos modos en el legado, porque el precio de la lana se aumenta por teñirse y hacerse tela mucho mas que el del lino por las mismas causas (*), por lo que en este no hay distincion como en aquella.

74 Legando el testador una carreta ó carro que tiene su mula ó bestia para tirar de él, le debe haber el legatario con esta, aunque el testador ninguna mencion haga de ella, quando se la lega; pero si la bestia se muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar, pues entónces subsiste y queda firme por la

(*a*) Ley 41 tit. 9 P. 6. (*b*) Leyes 17 y 40 tit. 9 P. 6. (*c*) Ley 42 t. 9 P. 6.

(*) Esta razon prueba que hay mayor fundamento para que en el legado de la lana no se entienda comprehendida la teñida y hecha tela, que para que en el del lino no se contenga el teñido y texido: no prueba empero que en este legado deba entenderse comprehendida la tela. La diferencia que hay entre una y otra manda, y que hace al propósito, es que baxo la palabra *lana* nunca se comprehende la tela fabricada en ella, y baxo la palabra lino muchas veces se contiene el lienzo hecho de él. Sin embargo, para decidir con acierto qué es lo que comprehenden ámbos legados, debe inspeccionarse la voluntad del testador, y atender á la significacion que las voces *lana y lino* tengan en cada pais.

subrogacion de ésta en el de aquella (*a*)(*).

75 No se revoca el legado quando despues de hecho empeña ó hipoteca el testador la cosa legada, y ántes bien su heredero tiene obligacion de desempeñarla y entregarla libremente al legatario; pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero como en la verdadera venta y enagenacion, por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanzas de redimirla ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por dicho precio.

76 Tampoco se revoca, quando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion: ni quando sin embargo de haberla enagenado no la entregó, porque como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio: ni tampoco pueden repetir el testador ni sus herederos los legados que pagáron, valiéndose del pretexto de haber sido hechos en testamento imperfecto por razon de solemnidad, y de ignorar esta excepcion que les favorecia, á ménos que sean soldados, mugeres, menores, ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas excusas (*b*).

77 Si los legatarios particulares fallecen ántes de adquirir derecho á sus legados, ó no los adquieren por algun impedimento legal,

(*a*) Dicha ley 42 verb. Otrosi decimos.

(*) Los compositores de las Partidas se dexáron arrastrar en la citada ley 42 de las sutilezas del derecho romano, y no reflexionáron sobre la voluntad del testador. Si este quiso favorecer al legatario con un carro y la bestia destinada para él, tambien querrá favorecerle con el carro solo, si aquella muere: si quiso favorecerle con lo mas, tambien querrá favorecerle con lo ménos: sino puede cumplirse en un todo su voluntad, cúmplase al ménos en la parte que sea posible. Nada importa que no se pueda hacer uso del carro sin una bestia que tire de él, ni que por esta causa haya mudanza substancial ó notable en el legado; pues lo que hace al caso es que el carro por si solo tiene su valor, que si el legatario le enagena, percibirá su estimacion, y que si le conserva por necesitarle para sus propios usos, no tendrá que desembolsar el precio de otro. Si se lega una casa y despues se quema ó arruina, se debe el solar al legatario, segun ya se ha dicho, y por mas que hayan sutilizado los intérpretes, ciegos admiradores de la Jurisprudencia Romana, solo se encontrarán entre ámbos casos vanas razones de diferencia. Véase al docto Magistrado Mora y Jarava en *Los errores del derecho civil* (*cap.* 3 § 9) donde impugna sólidamente como injusta y contraria á la mente del testador la resolucion del Jurisconsulto Paulo en la ley 49 de legat. 2 que dice, *no se deben, muerto el buey legado, ni su cuero ni su carne.*

(*b*) Ley 31 tit. 14 P. 5 y su glos. 1.

se acrecen á la herencia, lo que no sucederá, quando hay legatario, ó mejorado en el quinto, pues como los legados se sacan de éste entre descendientes legítimos, y son parte suya, y no del residuo de la herencia, deben volver, ó por mejor decir, no se debe desfalcar el quinto en su importe, y ha de entenderse que el testador no los hizo. Lo propio milita con el tercio entre ascendientes en igual caso, no mandando lo contrario en ámbos el testador.

78 Si éste dexa legado vitálicio, v. gr. á un hijo Religioso que renunció sus legítimas á su favor, ó á otro, aunque en este caso algunos partidores sacan de la herencia el importe de 10, 15, ó 20 anatas con consideracion á lo que segun su edad y robustez puede vivir el legatario, y se las entregan; lo mejor es baxar de la herencia el capital correspondiente al legado anual regulado á un tres por ciento, é imponerle, dándole facultad para percibir los réditos durante su vida, y despues de ésta partirle los herederos; ó consignarle en una finca el legado para el propio efecto, y dividirla por su fallecimiento, y de esta suerte ninguno sale perjudicado: lo qual se entiende, no habiendo otro convenio de los interesados, toque ó no al legatario mas cantidad por su legítima que el capital de la consignacion, pues si le hubiere, se ha de estar á él, respecto á que ninguna ley habla de este caso, y su pacto, siendo justo, se debe observar.

79 Si marido y muger que testan de conformidad, se legan alguna finca adquirida por ámbos constante el matrimonio, se entiende legar cada uno al otro el derecho que tiene en ella, que es la mitad, y así se sacará del cuerpo del caudal y se le aplicará por entero: la mitad como legado del difunto, y la otra mitad como suya, si testando entre herederos legítimos le cabe la mitad, y si no, lo que quepa, y el residuo en cuenta de su haber.

80 Si teniendo el testador ascendientes ó descendientes legítimos, dexa á extraños tantas mandas, ó legados pios ó graciosos que no caben en el quinto ó tercio, se ha de mirar á quanto ascienden éstos, y quanto mas importan los legados juntos: v. gr. si es mitad, tercia, quarta, quinta, ó sexta parte; y de cada uno ha de deducirse proporcionalmente el exceso, habiendo separado ántes el importe del funeral y misas, por no entrar en el prorateo, de modo que todos juntos se reduzcan á la cantidad de que pudo disponer, llevando cada legatario pio ó gracioso á proporcion de lo que importaba el suyo, pues al que legó 60, debe tocar mas que al que 40, y al que 30, mas que al que 20 y por consiguiente ha de baxárseles ménos. Y no

deben ser preferidos los nombrados primero, sean ó no de distinta clase ó esfera, porque se presume que el testador profesó á todos igual afecto.

81 Si dexa á uno el quinto, y hace además tantos legados á otros que no caben en él, se han de proratear entre todos los legatarios y el del quinto, despues de baxadas las deudas contra el caudal, y los gastos funerarios y misas, haciendo una cuenta de compañía, mirando quanta es la cantidad legada de mas á cada uno, y detrayendo respectivamente de cada legado lo que le corresponda. Lo propio milita, quando tiene hijos, y así á éstos como á extraños hace tantas mandas que no caben en el tercio y quinto; bien que en este caso se ha de mirar que no toque nada del tercio á los extraños, porque es legítima de los hijos, entre los quales se debe repartir proporcionalmente segun la disposicion del testador, por lo qual solo en el quinto tendrá cabimiento respecto á todos el prorateo de lo legado á los hijos que no quepa en el tercio. Lo mismo se ha de observar, quando lega á un extraño el quinto, y hace á algunos de sus hijos ciertos legados de cantidad ó genéricos, en cuyo caso éstos se han de sacar del tercio hasta en lo que alcance, lo que falte, ha de deducirse del quinto, y al legatario extraño ha de darse el sobrante de éste ó su total, si las mandas de los hijos caben en dicho tercio, porque como tuvo facultad para mejorarlos en él y tambien de legar el quinto entero al extraño, es visto haber querido que se pagasen del tercio á los hijos sus mandas hasta en lo que alcanzase, y que el extraño percibiese todo el quinto ó su residuo, si faltaba algo para completar las de sus hijos ó descendientes; pues de lo contrario podria ser ilusorio el legado del quinto, y perjudicado el legatario, al qual tal vez nada quedaria que tomar, y no se cumpliria la voluntad del testador que quiso le llevase en todo lo que permite la ley; pero los gastos funerarios, misas y legados pios se han de sacar del quinto y no del tercio. Los legados pios sufrirán la deduccion del mismo modo que los voluntarios, excepto que el testador lo prohiba (*a*).

(*a*) En órden á sì se ha de hacer igual deduccion de los legados específicos, véase la I. P. cap. 5 nn. 117 donde sigo la negativa por razon del dominio que inmediatamente que fallece el testador, adquieren en ellos los legatarios.

§. IV.

Si tendrá lugar el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares.

82 Tiene lugar regularmente el derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciéndose el legado de una cosa entera á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. gr. „mando á Pedro y Juan una viña que tengo en tal parte;„ y estos se llaman conjuntos en la cosa y en las palabras, y su conjuncion real y verbal: ya sea en cláusulas separadas: v. gr. diciendo el testador en una, „mando á Pedro tal viña, y en otra, mando á Juan la misma viña;„ y estos se llaman conjuntos en la cosa, y disyuntos ó separados en las palabras, porque se mencionan en diversas cláusulas: en cuya atencion si uno de ellos muere ántes que el testador, ó viviendo éste renuncia la parte que le corresponde en el legado, ó acaece otro motivo que impida su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro, ó mas conjuntos (*a*): porque dicha conjuncion induce cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al legatario que sobrevive, conceptuándose que si fuera solo, le dexaria todo el legado, y así es visto haberle substituido vulgarmente en la parte que tocaba al otro, y no quiso ó no pudo percibir.

83 No ha lugar al derecho de acrecer, quando no hay conjuncion, que es quando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada en partes ciertas y diversas: v. gr. „lego á Juan la mitad de tal viña, y á Pedro la otra mitad;„ pues en este caso como cesa la razon expuesta, ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le dexa, y así renunciándola se incorpora en la herencia (*).

84 Asimismo no ha lugar, quando falta el legado por defecto del legatario, ó comete delito, por el qual debe aplicarse al fisco, pues tampoco se acrece al conjunto: ni despues que el legatario percibió su parte excepto en el usufructo, ni en los alimentos, ni en otros varios casos que recopila Gregorio López.

(*a*) Ley 33 tit. 9 P. 6.

(*) Teniendo justamente lugar el derecho de acrecer en los exemplos del núm. anterior, parece que tambien debe tenerle en el presente segun la voluntad del testador, y dexando aparte toda sutileza, pues en aquellos se entiende legada á cada legatario la mitad de la viña, que es lo mismo que se especifica en este.

§. V.

Si los legados que haga el testador á su muger, acreedores y tutor que nombre, se han de compensar con la dote, bienes parafernales, arras y gananciales que tocan á la primera, con lo que debe á los segundos, y con la décima que corresponde al tercero.

85 La dote no se debe compensar con el legado ó legados que el marido hizo á su muger, y así no solo ha de llevarla toda sino tambien aquellos, á ménos que hubiese dicho expresamente que se los dexaba por compensacion de ella, ó que conste claramente que éste fué su ánimo; y aun no tendrá lugar la tal compensacion, legándole una cantidad igual á la de la dote, ó el usufructo del todo ó parte de sus bienes, por lo que todo se le aplicará. Y los herederos del marido no pueden diferir la restitucion de la dote legada con pretexto de las expensas hechas en ella, excepto que hubiese sido necesario hacerlas.

86 Asimismo quando el testador lega á su muger alguna heredad ú otra finca afecta especial ó generalmente á la responsabilidad de su dote, tampoco se compensará en todo ni en parte con ella, excepto que así lo exprese ó conste ser esta su voluntad. Igualmente no se compensa el legado hecho á la muger con los bienes parafernales que los herederos del marido deben entregarle ó satisfacerle.

87 Por lo respectivo á las arras que el marido promete á su muger, tampoco ha lugar su compensacion con el legado del quinto ú otro que le hizo, pues el débito de ellas fué voluntario en el principio á causa de estar en su arbitrio el ofrecérselas, y en las deudas voluntarias que son las que se deben por pacto sin distincion de género, especie, ni cantidad, no se admite compensacion con el legado, excepto que conste de la voluntad del testador; y mucho ménos ha lugar, si las arras están entregadas á la muger, porque con el débito ya pagado no se hace compensacion. Y si el testador tiene ascendientes ó descendientes al tiempo que se casa, y viven algunos de ellos ó todos al de su fallecimiento, se compensará el importe de las arras con otro tanto del quinto ó tercio, deduciéndose del uno de éstos y no del cuerpo de su caudal (*a*).

(*a*) Véase el lib. 1 cap. 6 nn. 21 y 22.

88 Tocante á los gananciales, si el marido hace á su muger algun legado, no se ha de compensar con la mitad que le toca de ellos, sino que se ha de deducir del caudal propio del marido, segun lo dispone expresamente la ley 16 de Toro que es la 7 t. 9 lib. 5 R. ó 8 t. 4 lib. 10 N. R.

89 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces, caso que no estén consumidos los que al tiempo de hacerle el legado le tenia entregados, porque dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa, á ménos que conste lo contrario de la voluntad del testador; pero en órden á los demas vestidos y joyas no entregados, si son dotales, porque la muger los traxo al matrimonio, no los ha de percibir duplicados, lo qual milita en otra qualquiera cosa dotal, excepto que al tiempo de recibirlos el marido se hubiesen estimado, en cuyo caso se le han de dar además de su estimacion.

90 En el legado general de vestidos no solo se comprehenden los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cortados en casa del sastre, y el paño ó tela texida, ó que se estaba texiendo para emplear en ellos, excepto que lo limite el testador; y aunque se aumenten despues, porque aquel no murió entónces, no se extenderá la manda á otros que á los legados, sin embargo de que estén algo gastados ó rotos; pero estando consumidos sucederán en su lugar los hechos de nuevo hasta en el valor que aquellos tenian y no mas.

91 Donando el deudor á su acreedor alguna cosa, no se presume haberle hecho esta donacion con ánimo de compensarla con lo que le debia, y así no se hará la compensacion.

92 No vale el legado que hace el deudor á su acreedor de lo que le debe, quando no se le sigue de aquel ninguna utilidad ni comodidad; pero de lo contrario sí valdrá. Y si le lega simplemente alguna cantidad, siendo el débito necesario, que es el que por disposicion de la ley contrae el testador, aunque no se obligue á él expresamente, se compensará porque es visto haberle hecho con este ánimo. Por exemplo, quando el padre lega alguna cosa á su hija que ya se halla en edad de casarse, se entiende legársela con ánimo de compensarla con la dote que segun derecho está obligado á darla: ó si dexa algo á un hijo, se presume dexárselo por via de legítima, y en compensacion de ésta, aunque tambien puede ser por via de mejora: todo lo qual procede, excepto que conste otra cosa de su voluntad, ó que por conjeturas ó demostraciones se colija que su ánimo no fué

hacer la compensacion, como quando el débito proviene de una causa, y el legado se hace por otra diversa, ó el testador expresa que hace de sus bienes el legado, ó manda que éste no permanezca en poder del legatario, y que ántes bien le entregue á otro, ó quando el deudor necesario instituyó simplemente á su acreedor heredero en parte, y no en todos sus bienes, ó quando el débito necesario fué declarado ántes, y destinado á cierta cosa, y luego el deudor lega á su acreedor otra diversa.

93 Pero si el débito es voluntario, segun se llama el que proviene de contrato celebrado por el mismo deudor, no se compensará; de suerte, que el acreedor llevará el legado, y podrá percibir su crédito. Y lo propio milita si le lega la cosa, mueble ó inmueble, que le tiene obligada á la seguridad de la deuda, pues percibirá aquella, y tambien el importe de ésta, porque la especie no se compensa con la cantidad. Mas esto se limita si concurre alguna conjetura vehemente, de la qual se pueda colegir que el deudor hizo el legado con ánimo de hacer la compensacion, como quando dona ó lega tanta cantidad quanta debe; v. gr. debe ciento y dona al acreedor otros tantos: ó quando la cantidad donada excede á la que debe, porque en lo mas está incluso lo ménos.

94 Tampoco ha lugar á la compensacion de una cosa con otra, quando es especie lo que se debe y cantidad lo que se lega; pero sí quando son diferentes especies, y en las deudas á favor del viudo ó viuda por disposicion de ley, estatuto ó costumbre, v. g. la quarta marital, el lecho quotidiano ó luto; pues éstas son necesarias, y así se admitirá la compensacion sin distincion de especie, género ni cantidad, no constando lo contrario de la voluntad del testador.

95 Como el legado que el testador dexa al tutor testamentario se presume hecho por premio del trabajo que ha de tener en la administracion de los bienes de su hijo pupilo, y en el cuidado de su persona, y por esta razon sino administra, no tendrá derecho á él, á ménos que expresamente ó por conjeturas conste lo contrario de su voluntad; es consiguiente que percibiéndole no le toca la décima que la ley del fuero le concede, y ántes bien se debe compensar con ella. Si se le dexa simplemente, se compensará hasta en la concurrente cantidad, porque la compensacion se debe hacer en esta forma, excepto que el testador mande que se contente con él, prohibiéndole que pida mas por razon de décima; pues en este caso si sabiéndolo le acepta, no puede pretender lo que falte para el complemento de ella, porque

por su aceptacion se juzga aceptar el gravámen anexo á él. Y si se le hace con condicion de que le entregue en cierto dia á otro, se compensará el interusurio que en su intermedio percibió de él. Y lo mismo procede en el que hace al hijo del tutor por mera contemplacion de éste.

96 Pero no se compensará quando le hace á su mismo hijo, á quien nombra tutor del pupilo su hermano, pues se contempla que no se le dexa por el trabajo de la administracion sino por afecto filial, excepto que lo exprese: ni quando es legado de especie, si no lo dice: ni quando se dexa para que le elija al tiempo que la décima: ni quando se le hizo por otra causa, v. g. por conservar la familia, pues entónces se debe atender á la causa que le motiva: ni quando el legatario fué nombrado despues tutor del menor por el Juez: ni tampoco quando concurre alguna de las conjeturas expresadas en el n. 92.

§. VI.

Cómo se han de dividir los frutos que el testador dexa pendientes en la cosa legada, y los que produzca desde su muerte hasta la entrega hecha al legatario; y si revocándose el legado debe restituir los que percibió.

97 Es indudable que pertenecen al legatario y fideicomisario los frutos pendientes de la cosa simplemente legada ó dexada en fideicomiso siendo del testador, y los que se cogen despues de haber adquirido su dominio, sin que para ello se atienda á si pasó ó no la mayor parte del año, ni á quando espiró, ó se cumplió el dia del legado ó fideicomiso, ni tampoco á si están maduros ó próxîmos á su recoleccion; pues sin embargo de todo ha de percibirlos el legatario, habiéndolos dexado pendientes el testador, y no dispuesto de ellos en manera alguna, por lo que si el heredero de éste los coge ó percibe, se los debe restituir pagándole los gastos de su percepcion. Y si no legó la cosa simplemente sino con sus frutos y emolumentos, se deben al legatario los percibidos en vida del testador desde que le hizo el legado.

98 Legando el testador solamente el usufructo de un fundo, si al tiempo de su muerte hay frutos pendientes en éste, corresponden al heredero propietario, porque aquellos son parte de la finca en que exîsten, y de consiguiente tocan al que tiene el dominio de ella, que

es el que presta título para su adquisicion y percibo; de suerte, que se entiende legar el usufructo sucesivo, y no los frutos actuales, mayormente quando si hubiese querido el testador que el legatario los percibiese, lo hubiera expresado.

99 Segun he sentado en el cap. 5 n. 2 del lib. 1 desde el dia de la perfeccion de la venta tocan al comprador de la cosa arrendada las rentas ó arrendamientos de ella, para cuya exâccion debe cederle el vendedor la accion que le compete contra el arrendador; y lo mismo parece se deberá practicar entre los herederos del testador que arrendó la finca, y el legatario á quien despues de arrendada la legó; pero véase lo dicho en el cap. cit. nn. 22 y sig. que es lo que se debe seguir, no disponiendo otra cosa el testador.

100 No se deben al legatario los frutos de cosa genérica ó agena sino desde que se constituye en mora el heredero, y se le interpela en juicio para su entrega, que es desde la contestacion del pleyto, porque no adquiere dominio en lo legado, como quando la cosa es específica y propia del testador.

101 Lo mismo procede por la propia razon, quando el legado es del quinto, ó de otra parte ó quota de bienes del testador sin asignacion de los que se han de dar en pago al legatario; como tambien en todos los casos en que no se traspase al legatario el dominio ántes de la eleccion y mora del heredero, del dia prefinido para su tradicion, ó del cumplimiento de la condicion impuesta; pues en ellos no se le deberán los frutos hasta el dia en que se le transfiera.

102 Si no hay heredero instituido, ó aunque le haya, si no quisiere aceptar la herencia, deberá el legatario interpelar á los legítimos, ó al executor testamentario, para que la acepten; ó se nombrará curador á los bienes yacentes, con quien se practiquen las diligencias relativas á la aceptacion, desde la qual así como se transfiere al heredero el dominio verdadero de lo legado, así tambien se le transferirá el derecho de percibir los frutos de ello (*). Pero si el legado consiste en universidad ó coleccion de bienes ó cosas, v. gr. en un re-

(*) Legándose puramente cosa determinada ó específica pasa su dominio al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, sin que sea necesaria para este efecto la adicion ó aceptacion del heredero, puesto que segun la ley 1 tit. 4 lib. 5. R. ó 1 t. 18 lib. 10 N. R. valen las mandas, aunque en el testamento no haya nombrado heredero, ó el que lo esté, no acepte la herencia. Por tanto los frutos de la cosa específica pertenecerán al legatario desde dicho tiempo.

baño, corresponden sus frutos al legatario desde la muerte del testador, porque se reputan un mismo cuerpo y legado.

103 Si el testador ó donante entrega al legatario ó donatario lo que legó ó donó por causa de muerte, con expresion del instrumento revocable, en cuya virtud se hacia la tradicion, y despues revoca la manda ó donacion, parece mas cierto, aunque algunos dicen lo contrario, que no pertenecerán al legatario ni donatario los frutos percibidos ántes de la muerte ó revocacion del testador ó donante (*): lo primero, porque el legado y dicha donacion se entienden hechos con la condicion tácita de que valdrán en caso que no se revoquen, y siguen la naturaleza del instrumento en que se hacen: lo segundo, porque el título revocable no da ningun derecho para adquirir los frutos; y lo tercero, porque la entrega de la cosa legada con expresion ó conmemoracion del instrumento en que se hace, no muda la substancia, virtud, ni efecto del legado.

CAPITULO VII.

De la sucesion en bienes libres entre ascendientes, descendientes y transversales que muriéron intestados.

§. I.

Cómo han de suceder los descendientes á sus ascendientes legítimos é ilegítimos, y á sus parientes, muriendo intestados.

1 Tres son las líneas de sucesion: una de descendientes que son los hijos, nietos, biznietos y todos los que descienden, proviniendo unos de otros como cadena en infinito; quiero decir, hasta que se extingue la línea de aquel en quien tuvo principio: otra de ascendientes, y son padres, abuelos y bisabuelos y demas que retrocediendo suben hasta Adan, primer primogenitor y padre del linage humano; y otra de transversales ó colaterales que son hermanos, primos, sobrinos, tios y demas parientes que no ascienden ni descienden como los de las otras dos líneas.

(*) Si el testador entrega simplemente al legatario la cosa legada sin expresar que lo hace por razon de la manda, se convierte ésta en donacion pura é irrevocable.

2 Muriendo alguno intestado, y dexando hijos y otros descendientes legítimos vivos, le sucederán solamente aquellos como sus mas inmediatos parientes, y dividirán entre sí con igualdad la herencia, estén baxo ó fuera de la patria potestad, y sin distincion de varones ni hembras (*a*). Entre estos hijos se comprehenden los póstumos (*b*), y asimismo los hijos naturales que se legitimáron por el siguiente matrimonio, pues es tanta la virtud y eficacia de éste que los iguala en un todo con los legítimos (*c*): lo qual procede, aunque sus padres se casen despues siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear, ó ántes de casarse con sus madres hubiese habido otro matrimonio con alguna ya muerta, ó sean hijos de Clérigo de menores Beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dexando el beneficio: ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los hubo, con tal que al tiempo de su nacimiento estén libres uno y otro para poderse casar sin dispensa, aun quando al de su concepcion no lo estuviesen. Sobre la qüestion intrincada de si el hijo legitimado por el siguiente matrimonio y anterior en nacimiento á otro hijo legítimo habido de la primera muger, ha de preferirse á éste en la sucesion del mayorazgo, véase á Roxas (*d*) que la trata extensamente y resuelve que el legitimado debe ser preferido, excepto que expresa y literalmente le excluya el fundador, ó conste á lo ménos que no quiso preferirle.

3 No dexando hijos el difunto y sí nietos, biznietos ú otros descendientes legítimos, han de sucederle solamente los que estén en grado mas cercano y no los demas: v. gr. si dexa nietos y biznietos, le heredarán en un todo los nietos como sus mas propinquos ó inmediatos parientes, y los biznietos en nada. Mas esto procede, quando naciéron, ó al ménos fuéron concebidos en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como sucede á los póstumos; pues de lo contrario no le sucederán, ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque habiendo precedido la muerte del abuelo á su nacimiento ó concepcion ningun parentesco tuviéron con él, y así pasará la herencia á los parientes transversales nacidos ó concebidos tambien en su vida, ó no habiéndolos, al fisco (*).

(*a*) Leyes 3 tit. 13 P. 6, 1 tít. 6 lib. 3 del Fuero Real y 6 de Toro. (*b*) Véanse acerca de ellos el n. 41 c. 1 lib. 1 y el n. 12 c. 1 de este lib. (*c*) Cap. Tanta y cap. Lactor Qui filii sint legitimi, y ley 1 tit. 3 P. 4 verb. Otrosi non legitimos. (*d*) De incomp. p. 1. c. 4.

(*) Tengo por indudable que aunque el nieto no haya nacido ni sido con-

4 Procede lo expuesto, no solo quando los nietos ó descendientes son hijos de un hijo ó hija ya muertos, y concurren solos á la sucesion, sino tambien quando lo son de dos ó mas hijos, y todos concurren á ella, aunque con la diferencia de que siendo hijos de un hijo único heredan por cabezas ó por personas: quiero decir, que toda la herencia les corresponde, y la han de partir entre sí igualmente; y quando lo son de dos ó mas hijos del muerto, heredarán por estirpes, esto es, los de cada hijo llevarán la mitad, tercera, quarta ó quinta parte de la herencia, segun sea el número de los del difunto cuyo lugar ocupan, y la dividirán respectivamente entre sí. Asimismo si de un hijo no hay mas que otro hijo, y de cada uno de los otros hay tres, quatro ó mas, llevará este hijo único tanta parte de la herencia de su abuelo, quanta todos los de cada uno de los otros hijos, porque no se mira á si son muchos ó pocos los de cada uno, sino á la persona en cuyo lugar suceden, y quanto percibiria ésta, si viviera, tanto deben percibir los suyos, ó uno solo, sino dexa mas (*a*).

5 Lo propio debe observarse, quando el difunto dexa uno ó mas hijos nacidos, ó póstumos, y varios nietos hijos de otro ú otros hijos ya muertos; pues los nietos, aunque están en grado mas remoto, sucederán á su abuelo con el hijo ú hijos de éste que son tios carnales de ellos, percibiendo cada uno de estos tanta parte de herencia, quanta todos los nietos hijos de cada uno de los hijos ya muertos del difunto, en cuyo grado se ponen; por lo que los tios de los nietos de éste, que son los hijos vivos, le heredarán por personas, y los

cebido en vida del abuelo, podrá percibir los bienes de éste, pues las leyes nuestras que dan la herencia de los ascendientes á los descendientes, no hacen la expresada distincion. Por tanto, si por exemplo muere alguna persona habiendo exheredado con justa causa á algun hijo suyo, y despues concibe la nuera del testador, le heredará el nieto que nazca, una vez que por la exheredacion está imposibilitado el hijo de sucederle. Segun las leyes romanas no podia tal nieto heredar á su abuelo; pero nosotros no estamos obligados á seguirlas, mayormente quando se alejan de la sencillez de la naturaleza, ó del derecho natural. Podria decirse que quando nació ó fué concebido dicho nieto, los parientes mas próxîmos del abuelo al tiempo de su fallecimiento ya tenian adquirido derecho á todos sus bienes, de que no seria justo privarles; mas yo replicaria, ó que semejante derecho era incierto hasta tanto que se supiese con seguridad que no habia de haber otro pariente de igual ó mayor prerogativa; ó que aun quando fuese real y verdadero, les privaban de él en todo ó parte las leyes que dan á los nietos las herencias de los abuelos sin hacer, segun he dicho, la referida distincion.

(*a*) Ley 3 al fin tit. 13 P. 6.

nietos hijos de cada hijo muerto por estirpes, como que todos entrán á ocupar su lugar y constituyen una persona, y dividirán entre sí la parte de herencia que éste percibiria en caso de vivir (*a*); pues entre los descendientes no hay distincion de agnacion ni cognacion, se admite la representacion en infinito, y el nieto entra en el lugar de su padre concurriendo con su tio, del mismo modo que su padre hermano de éste concurriria, si viviera.

6 El hijo natural sucede á su padre abintestato en la sexta parte de la herencia, aunque éste tenga muger legítima, segun lo ordena la ley 9 tit. 13 P. 6. „Las leyes antiguas otorgan que el padre muriendo sin fijos legítimos, puede el fijo natural heredar los bienes de las doce partes las dos, non dexando él muger legítima, cá si la dexasse, embargaria al fijo de guisa (*de manera*) que no podria demandarlas. E porque non podimos fallar (*hallar*) ninguna razon derecha porque se moviéron los que ficiéron las leyes á toller (*quitar*) á tal fijo esta su parte por esta razon de la muger legítima que dexasse su padre: por ende (*por tanto*) tenemos por bien é mandamos que la haya, é que non se le embargue por esta razon.„ Mas sin embargo los ascendientes legítimos del padre excluyen en un todo á los hijos naturales.

V. tom. 1 pag. 40 n. 40. c. Madrid

7 Asimismo el nieto natural á falta de su padre ha de suceder á su abuelo que fallece abintestato en dicha sexta parte entrando á ocupar el lugar de aquel y representándole, porque á no haber muerto le sucederia en ella; pues para lo propicio en el nombre genérico de hijos se comprehenden los nietos.

8 De la madre son herederos forzosos los hijos naturales á falta de legítimos, porque es conocida, y no se duda de que es su madre. Así lo dispone la ley 9 de Toro que es la 7 tit. 8 lib. 5 R. ó 5 t. 20 lib. 10 N. R. y dice: „Y en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos, ó descendientes que tuviere, naturales, ó espurios, por su órden, y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y abintestato (*b*).„

9 En órden á si los hijos naturales suceden abintestato á los parientes naturales de su padre ó madre, he aquí lo que dispone la ley fin. tit. 13 P. 6. „Fijo natural, que non es nacido de legítimo matrimonio, si muriere sin testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni

(*a*) Dicha ley 3. (*b*) En quanto á los demas ilegítimos y espurios véase el cap. 1 de este lib. §. 3.

madre, entonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre deven aver todo lo suyo: é si otros hermanos oviere de su padre tan solamente non heredarán ende (*de esto*) ninguna cosa: é esto es, porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre, son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriesse sin testamento, oviesse hermanos naturales que le pertenecíessen de su padre tan solamente, é non oviesse de los otros que fuessen nacidos de su madre como él, entonce estos atales bien heredarian lo suyo, porque son los mas cercanos parientes: fueras ende si el que assi muriesse, oviesse hermano natural, é legítimo de parte de su padre, cá estonce éste há mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí decimos, que los fijos narurales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre: mas de los otros parientes que les pertenecen en parte de su madre, que muriessen sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinqüos parientes.,,

10 Así pues, muerto abintestato el hijo natural sin sucesion, si dexa dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legítimo, se preferirá éste á aquel. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano; pero el natural por línea paterna no heredará á los legítimos ni á los demas parientes por esta línea intestados. Dexando un hijo natural de parte de madre tan solamente y otro natural ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta, al natural y al legítimo de parte de padre que no lo es. Y á falta de hijo legítimo y natural de parte de padre ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural.

11 Si muriere abintestato el hijo natural dexando solamente parientes por linea materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado, y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará, como si fuera legítimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitadamente parientes á causa de la certidumbre del parto, como lo dice la ley inserta al fin, lo que no sucede por parte de su padre.

12 Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dexando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro con preferencia á todos los demas cognados mas remotos, aunque sean

legítimos, porque entre ellos hay cognacion próxîma: de suerte que deben suceder segun la inmediacion de parentesco y prerogativa de grado, como se echa de ver de los últimos periodos de la ley inserta.

13 Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural, si dexase dos hermanos, uno natural y otro de legítimo matrimonio de la propia madre, no se preferirá ninguno al otro, sino que concurrirán ámbos y le heredarán con igualdad, porque están en igual grado; pues la ley 9 de Toro habla y se debe entender, quando se trata de suceder á la madre, en cuyo caso el legítimo se prefiere al natural, no quando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí; por lo que se ha de estar á la disposicion del derecho comun, como no corregido ni derogado en esta parte, que ordena no sea preferido el hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre, y así tampoco deberá serlo en la de los de su hermano (*).

14 Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos, dexando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre, pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero con preferencia al uterino, como diré despues de los hermanos enteros legítimos.

15 Los espurios, de qualquiera clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque á causa de la grande incertidumbre de la filiacion y parentesco por línea paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos. Asimismo no sucederán los espurios de damnado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna, porque si no suceden á su madre, ni ésta á ellos, tampoco debe suceder á sus parientes por su línea, ni éstos á ellos.

16 Entre los hijos naturales y espurios, y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos, y así se debe guardar igualdad entre ellos, de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder á sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, en todos pueden suceder éstos á los hijos; y por el contrario en los en que está prohibida la

(*) Parece que por lo mismo que contra lo que sucedia por derecho civil, el hijo legítimo es preferido al natural por la ley 9 de Toro en la sucesion de la madre, deberá tambien preferirse en la del hermano el hermano legítimo al natural de parte de madre. Nuestras leyes hacen mayor aprecio de la legitimidad que el que hacian las romanas.

sucesion para aquellos, lo está tambien para estos (*a*). Esta recíproca sucesion parece procede aun respecto del padre que sabía el impedimento del matrimonio, si la madre le ignoraba, pues al modo que el hijo es sucesor legítimo del padre por la ignorancia y buena fé de su madre, del mismo modo le debe suceder su padre, porque no puede ser legítimo en parte y en parte no; bien que algunos AA. dicen lo contrario por la mala fé del padre que léjos de darle título para heredar le priva de él.

§. II.

Cómo deben heredar los ascendientes legítimos á sus descendientes que murieron intestados.

17 La segunda línea de sucesion es la de ascendientes, quiénes suceden por testamento y abintestato á sus descendientes legítimos por su órden y línea derecha, del mismo modo que estos á ellos, siempre que los descendientes carezcan de hijos ó descendientes legítimos, ó de otros que hayan derecho de heredarles, segun lo ordena expresamente la ley 6 de Toro que es la 1 tit. 8 lib. 5 Recop. ó 1 tit. 20 lib. 10 N. R. Y esto procede, estén los hijos en su poder ó emancipados, sean varones los ascendientes ó hembras, pocos ó muchos, teniendo igual grado de parentesco con el difunto: v. gr. que todos sean padres, abuelos, ó bisabulos, &c. pues el que esté mas remoto, no sucederá con los inmediatos, por lo que si dexa padres y abuelos, percibirán toda la herencia por mitad los padres: si abuelos y bisabuelos, corresponderá enteramente á los primeros; y así en los demas, observando siempre la prerogativa del grado ó proxîmidad del parentesco, y no la representacion, por no admitirse entre ascendientes (*b*). Por tanto, si el descendiente no dexa mas que un ascendiente por una línea, v. gr. padre solo, y por la otra abuelo ó abuela, percibirá el primero toda la herencia que por ámbas líneas poseia el descendiente muerto (*c*).

18 Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos quatro; y si concurren solamente uno por una línea y dos por la otra, no la dividi-

(*a*) Ley 8 al fin tit. 23 P. 6 (*b*) Leyes 4 tit. 13 P. 6. y 6 de Toro (*c*) Ley 4 cit.

rán por terceras partes, sino que el uno heredará por persona tomando la mitad, y los dos por estirpes percibiendo la otra mitad y dividiéndola igualmente entre sí, como lo dice la ley 4 tit. 13 Partid. 6. „E si por aventura de parte de su padre, ó de su madre oviere un abuelo solo, é de la otra dos, estonce aquel solo avrá la meytad de todos los bienes, é los dos que fuessen de la otra parte, la otra meytad.„ Lo mismo procede en los ascendientes ulteriores.

19 Aunque el difunto dexe hermanos ó sobrinos hijos de éstos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia, porque están en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 4 tit. 8 lib. 5 R. ó 2 tit. 20 lib. 10 N. R.

20 La sucesion abintestato de los ascendientes á sus descendientes legítimos tiene lugar en todos los bienes libres que dexen, aunque sean castrenses, quasicastrenses, ó adquiridos por razon de la iglesia, que es por dignidad, renta ó beneficio eclesiástico, pues la ley 6 de Toro usa de las palabras„ De qualquier calidad que sean;„ y la 4 tit. 3 Partid. 6 dice: „Que entonce el padre, é la madre deven heredar egualmente todos los bienes de su fijo„; lo qual es corriente, y se ha executoriado aquí repetidas veces así abintestato como por testamento.

21 Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, ámbos en igual grado, no se ha de hacer separacion de bienes; quiero decir, el ascendiente por línea paterna no ha de percibir los que por ésta poseia el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el ascendiente materno los de su línea, sino que ámbos partirán indistintamente todos los que gozaba por entrámbas, y por otra qualquiera razon sin diferencia alguna, excepto que en los pueblos en que hay costumbre contraria, ó se observa la ley 10 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real; pues entónces cada ascendiente llevará los que disfrutaba por su línea el descendiente intestado, probándose la costumbre, ó estar en uso dicha ley, como lo dispone la referida 6 de Toro al fin. „Salvo en las ciudades, villas y lugares, dó segun el fuero de la tierra acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.„

22 Si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe gozarle toda su vida, porque al modo que por muerte de qualquiera propietario extraño no se acaba el usufructo, tampoco por la del hijo se extingue el que su padre ó abuelo ha adquirido en sus

bienes (*); bien que hoy mediante la dispsicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las quales el hijo casado y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviese emancipado, y adquiére los frutos de sus bienes, sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos puede acontecer lo expuesto (**).

§. III.

Cómo deben suceder los parientes transversales á los que fallecieren intestados: qué han de distribuir aquellos, y los ascendientes y descendientes por el alma del difunto, y si se graduarán en caso de duda por la regla del abintestato los instituidos en testamento.

23 La tercera y última línea que tiene derecho á suceder abintestato, es la de transversales ó colaterales; y para que el partidor se instruya en esta materia no entendida de todos por la variedad de disposiciones legales que versan acerca de ella, conviene hacer varias suposiciones. Primera. Los parientes transversales deben suceder á su transversal que murió intestado, segun la prerogativa y proxîmidad de grado con él; de modo que quien al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dexó; y si hay muchos en un mismo grado, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion, pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, y así la hembra próxîma excluye al varon remoto.

24 Segunda suposicion. Los grados de parentesco respecto de la

(*) Yo me inclino á que por muerte del descendiente pierde el usufructo de sus bienes el ascendiente que le tenia. Las palabras generales y absolutas con que *por su órden y líneu derecha* llama la ley 6 de Toro á los ascendientes para que sucedan en los bienes de sus descendientes sin hacer ninguna distincion entre aquellos, y el silencio que guarda la misma ley acerca de dicho usufructo, son para mí argumentos mas poderosos que quantos pueden alegarse en favor del ascendiente usufructuario. Y á la verdad ¿cómo es posible que hablando la ley exprofeso de la sucesion de los ascendiente á sus descendientes no hiciese mencion de una cosa tan notable y que no debia omitirse, como de la continuacion del usufructo en el ascendiente que gozaba de él, si fuese cierta tal continuacion? ¿cómo es posible asimismo que habiéndola ninguna otra ley de nuestros códigos hable de ella?

(**) Podria suceder muchas veces sin embargo de las citadas leyes; esto es, muriendo los hijos con bienes que usufructuase su padre, en vida de éste y de su madre.

sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio se han de computar segun el derecho civil y no el canónico (*a*), y así para conocer quál es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiere suceder, y ascendiendo hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata (*b*).

25 Tercera suposicion. Sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para suceder (*c*), no estan en primer grado de consanguinidad entre sí sino en segundo, porque en esta linea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde aquel, para saber en quál se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado.

26 Quarta suposicion. Aunque entre los ascendientes y descendientes legítimos ha lugar á la sucesion abintestato en bienes libres en infinito, entre los colaterales únicamente le tiene por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado (*d*), y por últimas disposiciones hasta el quarto, y así solo los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado, tienen derecho á heredar sus bienes (*e*).

27 Quinta y última suposicion. Sin embargo de que en esta línea son admitidos igualmente los parientes que están en un mismo grado, si en alguno de ellos concurre doble ó mayor conjuncion que en los demas, será preferido, aunque todos se hallen en el propio grado: v. gr. quando el difunto dexa hermanos enteros y medios, los enteros percibirán toda su herencia y los medios nada (*f*). Lo mismo procede si el difunto dexa sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio, pues los del entero, representando á su padre, le heredarán con preferencia á sus primos hijos de su medio tio, é igualmente á éste, no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre que si viviera, le excluiria (*g*).

28 Pero esta mayor conjuncion se atiende únicamente en los hijos de los hermanos enteros del difunto que son primos carnales, los quales representando las personas de su padre ó madre, y ocupando

(*a*) Covar. de Sponsal. part. 2 §. 6 n. 8. (*b*) Véanse el árbol genealógico puesto en el cap. 9. P. I y su explicacion nn. 27 y sigg. (*c*) Ley 5 tit. 13 P. 6. (*d*) Ley 6 tit. 13 P. 6 cerca del fin. (*e*) Véase la I. P. cap. 6 n. 9 y su nota 1. (*f*) Ley 5 tit. 13 P. 6. (*g*) Dich. ley 5. verb. *E sobre todo decimos*, hasta el fin.

su lugar, se prefieren á su tio, sea uterino ó consanguíneo, sin embargo de estar un grado mas distante; por lo que si alguno muere abintestato sin dexar ascendientes, descendientes, hermanos, ni hijos de estos, y sí solamente un tio hermano entero de su padre, y otro tio hermano consanguíneo ó uterino de éste, no será preferido el entero, y ántes bien ámbos serán admitidos igualmente á la sucesion (a). Lo propio milita por la misma razon, si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos desciendan de hermano entero: ó si el difunto dexa muchos primos hijos de varios hermanos de su padre que están en quarto grado, aunque algunos desciendan de hermano entero, y los otros de medio hermano. Ademas para que se atienda la conjuncion en los primos hermanos, es forzoso que concurra algun tio igualmente conjunto (b); y donde haya costumbre contraria, se ha de observar.

29 Hechas estas suposiciones convendrá exponer varios casos para la mayor inteligencia de la sucesion transversal. En los lugares de estos reynos en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raiz á la raiz, si el difunto tiene hermanos enteros, y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán aquellos con igualdad, sean todos varones ó hembras, ó de ámbos sexôs sin diferencia de agnacion ni cognacion (c), como se ha sentado.

30 Si dexa un hermano entero ó mas, y sobrinos carnales hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, herederán por personas los hermanos, y los sobrinos por estirpes representando á sus padres muertos; quiero decir, que se hará la cuenta de quántos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia, como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion que tocaria á sus padres, y estos llevarian, si vivieran (d).

31 Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros ya muertos, heredarán por personas repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion ni cognacion, segun lo dispone la ley 5 tit. 13 P. 6 que dice: „Mas

(a) Ley 5. cit. al fin. (b) Ley 5 cit. al princip. y ley 241 del Estilo. (c) L. 5. tit. 13. P. 6. (d) Leyes 5 cit. y 8 de Toro que es la 5 tit. 8 lib. 5 R. ó 2 tit. 20 lib. 10 N. R.

si este que muriesse sin testamento non habiendo ascendientes, nin descendientes, oviesse sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuessen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tio, é partirlos han entre sí por cabezas egualmente.,,

32 Hay diversidad de pareceres sobre si la disposicion de esta ley y la de la 13 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real han de entenderse, quando los sobrinos hijos de cada hermano son iguales en número, y no quando son desiguales; v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas, &c. pues dichas leyes no distinguen, como ni tampoco la octava de Toro que dice: ,,Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpem, y no in capita.,, Pero el dictamen que debe seguirse, es el de que sean muchos ó pocos, iguales ó desiguales en número, deben suceder á su tio por personas: ya porque las leyes citadas no distinguen: ya porque la octava de Toro no habla de otro caso, sino de quando concurren los sobrinos con los tios; y ya porque si todos los sobrinos que están en igual grado, heredan por representacion á su tio muerto, quando vive algun hermano suyo que tambien concurre á heredar, es por motivar éste ó servir de medio para la representacion, y para que aquellos no sean excluidos: lo qual no sucede, quando se hallan solos, pues entónces no hay necesidad de la representacion, mediante á que concurren á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que están en igual grado; y esto es lo que se observa como justo.

33 Si concurriendo hermano del difunto y sobrinos hijos de otro hermano de ámbos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia y tuviere hijos, no se acrecerá ésta á dichos sobrinos, sino que la percibirán los hijos del repudiante, y se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos hijos de sus dos hermanos; pues los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado, suceden por su propio derecho como parientes mas inmediatos y no por el de sus padres, conceptuándose al repudiante en este caso como si no existiera, y á sus hijos como á los del otro hermano muerto.

34 Si muere alguno dexando un tio hermano de su padre ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, aunque parece que todos concurrirán igualmente por personas, porque están en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden por re-

presentacion sino quando concurren con otro hermano vivo del difunto; serán no obstante preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aun quando no sean enteros, ya porque la línea de los descendientes, aun respecto de los colaterales se reputa siempre mas cercana, y por lo mismo debe ser preferida á la superior de ellos; y ya porque el hijo del hermano representa indistintamente á su padre difunto, y para heredar es lo propio que si éste viviera, porque ocupa su lugar, concurra con otro hermano vivo del difunto ó con los hijos de otro hermano muerto de éste siendo así que en los ascendientes no hay nunca representacion.

35 Si dexa un tio hermano tambien de su padre ó madre, y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre, que son sobrinos carnales del tio vivo, no herederán estos sino tan solo el tio, porque está en grado mas cercano, que es el tercero, y los sobrinos están en el quarto.

36 Concurriendo á heredar á alguno sobrinos hijos de un hermano y un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será excluido éste y heredarán aquellos por la representacion de su padre, y por hallarse en grado mas inmediato, aunque no sean enteros.

37 Dexando el difunto solamente hermano ó hermanos consanguíneos ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente, aunque tambien dexe tio hermano de su padre ó madre por cuya línea poseia los bienes; pues los medios hermanos como parientes mas inmediatos se prefieren al tio que está mas distante, y así sucederán en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, sin diferencia de títulos ni líneas.

38 Si dexa sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, le excluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y percibirán toda la herencia; porque si su padre viviera, le excluiria por la mayor conjuncion de parentesco con el difunto; y puesto que los sobrinos representan la persona de su padre, deben excluir tambien á su medio tio por la propia razon (*a*).

39 Y si dexa solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por otra, heredarán los de la consanguínea ó paterna los bienes que poseia por ella el difunto, y los de la materna ó uterina los que gozaba por ésta, y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio, ú otro título, los partirán igualmente (*b*). En quanto á las deu-

(*a*) Dicha l. 5 al fin. (*b*) Así lo dispone clara y expresamente la ley 6 t. 13 P. 6.

das pagará cada uno las que contraxo el difunto por razon de sus respectivos bienes, y si no consta por quáles las causó, las satisfarán todos á prorata de los que hereden.

40 Del mismo modo sucederán á su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos, representando las personas de sus padres, concurran entre sí solos, ó con algun medio tio suyo; con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por personas, y concurriendo con su medio tio por estirpes, porque versa la propia razon que quando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos de los hermanos no tiene lugar esta distincion ni separacion de bienes, ni en los tios hermanos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, quando concurren á heredar á sus sobrinos: de suerte que todos se dividirán con igualdad entre los que estén en un propio grado, qualquiera que sea el título de su adquisicion, porque no se halla mandado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distincion de bienes, considerándose solo la proxîmidad de grado: en cuya atencion los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre ó madre de éste como mas propinquos, haya heredado de su padre ó madre hermanos de su tio, ó de otra parte los bienes que dexó.

41 En órden á la parte de bienes que los herederos abintestato deben distribuir por el alma del difunto, es indispensable distinguir de herederos y de casos: esto es, si aquellos son de la línea recta ó de la transversal, y si el difunto murió absolutamente intestado, ó baxo de poder para testar, y no hizo su testamento el comisario. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, tienen obligacion de hacerle las exéquias y sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias, y no á distribuir todo el quinto por su alma, ni en ello ha de mezclarse Juez alguno (*a*); y si falleció baxo de poder para testar, y el comisario no hizo su testamento, porque no pudo, ó no quiso, ó se le olvidó, y pasó el tiempo prefinido por la ley y por el mismo testador, cumplirán con hacer lo propio sin otra obligacion, porque ninguna ley se la impone.

42 Si son transversales, y murió sin testamento, no tendrán mayor obligacion que la de los ascendientes y descendientes, pues todos

(*a*) Pragmática inserta en la I. P. capítulo 6 n. 10 que es la ley fin. tit. 4 lib. 5 R. ó 14 t. 20 lib. 10 N. R.

sus bienes les pertenecen abintestato (*a*), la citada prágmática habla indistintamente, y ninguna ley les precisa á mas. Si dió poder para testar, y el comisario por alguna de las causas expuestas no hizo su testamento, en este único caso estarán obligados á la distribucion de todo el quinto dentro del año, segun lo ordena la ley 10 tit. 4 lib. 5 R. ó 13 tit. 20 lib. 10 N. R. cuyo contenido es éste: „Quando el comisario no fizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes abintestato: los quales, en caso que no sean fijos, ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador, lo qual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras Justicias les compelan á ello, ante las quales los puedan demandar, y sea parte para ello qualquier del pueblo.„ La razon es que en el presente caso presume la ley que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario quiso que fuese preferida su alma á sus parientes en el quinto, y así su disposicion no debe extenderse á otros casos.

43 Con la sucesion abintestato parece se deberá conformar la sucesion por testamento, en cuya atencion si el testador instituye genérica y simplemente herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, se admitirán solamente los enteros á la herencia ó legado; ya porque es visto haber querido disponer el testador con arreglo á derecho, segun el qual son preferidos los hermanos enteros; y ya porque se presume tener mayor afecto á los hermanos enteros que á los medios (*). Pero se exceptúa el caso en que el difunto no tenga mas que un hermano entero, pues por el hecho de instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptúan tambien instituidos los medios hermanos; y lo propio milita, quando se trata de conservar la agnacion en la familia.

(*a*) Ley 6 tit. 13 P. 6.

(*) Por otra parte parece que en el presente caso deben suceder á un tiempo todos los hermanos, pues es de presumir que así lo quiso el testador por el hecho de llamarlos á un tiempo mismo y con palabras generales sin indicar ninguna preferencia. Si hubiera querido que solo á falta de hermanos enteros sucediesen los consanguíneos ó uterinos, es muy regular que lo hubiese expresado nombrando estos por substitutos de aquellos.

44 Si instituyó simplemente á un hermano vivo y colectivamente á los hijos de otro hermano muerto, ó á un extraño y á los de otro extraño, sin especificar sus nombres, estando nacidos los hijos al tiempo de la institucion, se entienden instituidos por estirpes, de suerte que el hermano ó extraño percibirá la mitad de la herencia, y los hijos la otra mitad, porque los conjuntos colectivamente se estiman por uno: excepto que aparezca ser otra la voluntad del testador, como si mandó que sucediesen igualmente, en cuyo caso todos sucederán por personas. Y lo mismo procede en qualquier substituto y en el legado, por lo que si manda algo á Pedro y á sus hijos ó á los de otro, llevará Pedro la mitad del legado y los hijos la otra mitad.

45 Pero si los hijos eran póstumos, como si instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana, ó de otra muger que nombra, y nacen dos ó mas, deben heredar todos por personas, á causa de presumirse que si el testador hubiese podido nombrar á cada uno, lo hubiera hecho; bien que esto ha de entenderse, quando los llama en primer lugar; pues si los llama en segundo ó por substitucion diciendo: v. gr. *Instituyo á Pedro y le mando que restituya la herencia á Juan y Francisco, y muerto alguno de estos, á sus hijos nacidos ó póstumos*; entónces si uno de estos herederos fideicomisarios fallece ántes que el fiduciario, percibirán únicamente sus hijos nacidos ó póstumos la parte que su padre heredaria, si viviera.

46 Y si instituye herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto mencionándolos por sus propios nombres, sucederán por personas é igualmente con su tio; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que quando muchos son nombrados no colectiva sino copulativamente en alguna disposicion, se admiten con igualdad.

57 Instituyendó el testador por sus herederos á sus hermanos ó haciéndoles algun legado, no serán admitidos los sobrinos: ya porque no hizo mencion de ellos, ya porque en la disposicion del testador se debe atender á la proxîmidad de grado, y ya porque en el nombre apelativo de hermanos solamente se comprehenden los que se hallan en segundo grado, y no los ulteriores. Lo propio debe observarse, quando instituye á dos ó mas hermanos suyos que tiene vivos, y al tiempo de fallecer ha muerto alguno de ellos dexando hijos, pues estos nada llevarán por las razones expuestas en la I. P. cap. 6 n. 5.

CAPITULO VIII.

Quiénes se llaman herederos extraños: de quántas maneras los puede instituir el testador; y si siendo muchos los instituidos le heredarán todos igualmente y á un propio tiempo ó por el orden sucesivo.

§. UNICO.

1 Llámanse herederos extraños no solo los que no tienen con el testador ningun parentesco de consanguinidad, sino tambien los que le tienen y están en la línea transversal, como hermanos, primos, tios, sobrinos y demas colaterales, porque aquel no está obligado civilmente á instituirlos herederos, ni por excluirlos de su sucesion con razon ó sin ella, pueden impugnar su testamento (*a*), sino es que tenga hermanos é instituya herederos á sugetos de mala vida, ó infames de hecho ó de derecho, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios (*b*), usureros manifiestos, Clérigos pública y continuamente amancebados, y otros cuya asignacion se dexa al prudente arbitrio del Juez; porque entónces no vale la institucion, probándose el defecto del instituido (*c*): excepto que los hermanos hayan maquinado contra la vida del testador ó acusádole de crímen, por el qual incurriese en pena de muerte ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes, ó quanto estuvo de su parte para que los perdiese; pues por qualquiera de estas tres causas justificadas no solo no pueden quejarse de la disposicion, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato, nada podrán heredar de él (*d*).

2 Careciendo de herederos forzosos el testador puede instituir por tales á uno ó á muchos extraños, sean ó no parientes suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar; é imponer á todos ó á algunos de ellos las condiciones posibles y honestas que le parezcan, las quales deben cumplir para entrar en la herencia, ó no haciéndolo han de dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó

(*a*) Leyes 2 verb. E todos los otros, y 12 verb. E decimos tit. 7 Part. 6. (*b*) Véase en la I. P. la nota del n. 55 cap. 5. (*c*) Dich. ley 2 verb. Fueras ende t. 7 y ley 2 verb. Fueras ende tit. 8 P. 6. (*d*) Dich. ley 12 verb. Pero tres razones, y ley 2 cit. verb. Pero si este hermano.

de practicar para ello las competentes diligencias (*a*). Pero los Religiosos profesos del órden de San Juan, aunque durante su vida les dexa la religion el uso moderado de sus bienes y su retencion á nombre de ella, no pueden sin la debida licencia disponer en vida de los bienes patrimoniales, y sí con ella de los estables, la que se les concede segun los estatutos 1 y 2 de las prohibiciones; y en virtud de otra licencia especial podrán testar tan solo de la quinta parte de todos los bienes que se hallen por su muerte, y queden líquidos; mas despues de su muerte todos tocan á la religion, la qual se considera no como su heredera sino como sucesora, porque el Religioso los poseyó en su nombre y con su permiso. En estos términos se ha de entender lo expuesto en la I. P. cap. 5 n. 22.

3 El testador puede dividir la herencia en quantas partes quisiere, é instituir á sus herederos de tres maneras; á saber: señalando á todos las que han de percibir de sus bienes, ó á unos sí y á otros no, ó á ninguno (*b*); y de cada uno trataré exponiendo varios casos para la mayor instruccion del partidor.

4 Quando el testador señala á todos sus herederos las partes ó porciones que han de percibir de su herencia, se debe repartir enteramente entre ellos con arreglo á su voluntad; y si dividió parte de ella y dexó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituidos á proporcion de la que les señaló en la que distribuyó.

5 Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni, aunque despues haga otro; nombrando heredero en él debe llevarlos todos dicho instituido sin embargo de serlo solamente en cosa señalada, porque se entiende universal; como asimismo cumplir los legados y pagar sus deudas (*c*); pues de no heredarlos todos se verificaria que el testado moria en parte testado y en parte intestado, lo qual es un absurdo y repugna (*). Pero si en testamento posterior nombra nuevo heredero, llevará solamente el nombrado en el primero la cosa en que fué instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, porque si la contiene, ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (*d*).

(*a*) Leyes 7 y 14 tit. 4 P. 6. (*b*) Leyes 16 y 18 tit. 13 P. 6 (*c*) Ley 14 tit. 13 P. 6.

(*) Esto es conforme al derecho romano, no al nuestro, sobre lo qual pueden verse las notas de los nn. 142 y sig. cap. 5 P. I.

(*d*) Leyes 14 cit. y 21 t. 1 P. 6.

6 Repartiendo el testador su herencia entre tres, y dexando al uno la mitad, al otro la tercera y al otro la quarta parte de ella, se ha de proceder en la particion por la regla de proporcion ó de *tres*, para que ninguno sea perjudicado: v. gr. importa la herencia doce mil reales, cuya mitad parece son seis, la tercera parte quatro y la quarta tres; pero como seis, quatro y tres componen trece, se debe girar la cuenta de esta suerte: si trece me dan doce mil; ¿quántos darán seis, quántos quatro, y quántos tres? Entónces se verá que ni la mitad son seis mil cabales, ni la tercera parte quatro mil, ni la quarta tres mil en el caso propuesto, y asi ninguno resultará agraviado en su legítimo haber. Lo mismo se practicará en otras instituciones semejantes en distintas porciones ó quotas. Sobre cómo se ha de hacer la division, quando el testador dexa alimentos á una muger preñada, diciendo: *que si pare hijo, lleve ocho partes de los frutos de sus bienes, y su madre quatro; y que si pare hija, lleve ésta quatro, y la madre ocho*; y luego nacen de aquel parto hijo é hija; véase á Escobar (*a*) que citando y siguiendo á Moya en su Arismética (*b*), y la regla de compañía sin tiempo, explica como se ha de girar la cuenta sin causar perjuicio á los tres interesados; cuya regla se deberá observar tambien en otros casos y quotas diversas que la ley no ha resuelto y deben resolverse por arismética.

7 Nombrando el testador por sus herederos á tres ó mas extraños, y mejorando á dos de ellos, al uno en el tercio de todos sus bienes y al otro en el quinto tambien de todos, sin decir quál ha de deducirse primero; aunque parece que se deberá sacar ántes éste con arreglo á la ley 214 del Estilo, para que sea mayor, y tenga mas de que disponer por su alma, ó en lo que quisiere, segun se practica, quando testa entre descendientes, como tienen creido algunos, por no haber visto dicha ley; no debe practicarse en estos términos, ni tampoco baxarse ántes el tercio á pretexto de atender al órden de las palabras, excepto que lo mande expresamente el testador: en primer lugar, porque testando entre extraños no se deducen del quinto los gastos de su funeral, misas, ni legados, como quando testa entre descendientes, á ménos que así lo mande, sino del cuerpo de su caudal (*c*); pues como la del Estilo habla solamente de hijos, segun se echa de ver de sus palabras (*d*), y aquí no hay que atender á legíti-

(*a*) Comput. 11. (*b*) Lib. 3 cap. 3 (*c*) Véase el cap. 1 de este lib. nn. 19 y 20. (*d*) Estan insertas en el cap. 2 de este lib. n. 38.

ma alguna, por poder el testador disponer á su arbitrio de todos sus bienes, cesan las razones que militan, quando dexa descendientes legítimos, y de consiguiente no debe ampliarse á este caso la misma disposicion legal; y en segundo lugar porque con bexarse qualquiera de ellos primero y del residuo el otro, sale perjudicado el interesado en este, pues no le lleva entónces entero de todos los bienes del testador, como este lo quiso, guardada proporcion. Tampoco debe deducirse el uno de ellos del todo del caudal líquido, y luego el otro tambien del mismo total, como si nada se hubiera deducido de él, pues se cometeria mayor absurdo é injusticia, por deducirse este de caudal imaginario que ya no habia y perjudicarse á los que no son mejorados. Así pues, para proceder con justificacion, y que cada uno lleve solamente lo que le toca con arreglo á la mente del testador, se ha de girar la cuenta por la misma regla proporcional, de modo que cada mejorado lleve como tal la quota que le corresponde en todos los bienes del testador, y luego entren ámbos á partir igualmente con los que no lo fuéron, el resíduo de la herencia despues de sacado el total de la mejora. Y lo mismo creo se debe practicar, aunque el testador omita en la mejora la palabra *todos*, y diga solamente, *que mejora al uno en el tercio, y al otro en el quinto de sus bienes*, porque la proposicion indefinida equivale á la universal.

8 La segunda manera de instituir herederos el testador, y de dividir su herencia entre ellos es quando nombra varios, señalando á unos las partes que han de percibir, y á otros no, en cuyo caso percibirán aquellos las que les señaló, y estos el resto de la herencia, importe mas ó ménos que lo que toque á los otros (*a*).

9 Y la tercera manera de instituir el testador herederos, y de dividir su herencia entre ellos es, quando los instituye sin señalarles las porciones que han de percibir de ella. En este caso todos la deben partir igualmente, porque así se conceptúan instituidos, y en duda se presume que lo mismo amó á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos (*b*).

10 El tercero y último punto de este párrafo que es bastante obscuro y delicado, porque muchas veces es forzoso recurrir á conjeturas, y los AA. suelen discordar por esta razon, se reduce á si los herederos instituidos sucederán al testador igualmente y á un propio tiempo ó por el órden sucesivo, y si por personas ó por estirpes. En

(*a*) Ley 17 verb. E si acaesciesse tit. 3 P. 6. (*b*) Ley 17 cit.

órden al primer particular debo decir, que aunque nombre á mucho de grados distintos; v. gr. *Si instituye á Pedro su amigo, y al hijo y nieto de éste*, deberán sucederle igualmente y á un mismo tiempo, pues por el hecho de instituirlos de esta suerte se conceptúa que lo mismo amó á uno que á otros.

11 Lo expuesto se amplia á los casos siguientes. El primero es, quando los instituidos son parientes del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarian; pues sin embargo de tener lugar en ellos el órden de caridad, aficion y sucesion abintestato, si llama copulativamente á todos sin hacer distincion de las partes que cada uno ha de heredar y quando, le sucederán á un tiempo y con igualdad sin diferencia. El segundo caso es, quando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de éste llamándolos por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo, porque por el hecho de llamar á éstos por sus nombres y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo. El tercero es, quando instituyó á su hermano, y con nombre apelativo y cierta limitacion á sus hijos: v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estaba preñada, ó aunque no lo estuviese, se podia esperar que pariese mas; ó quando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder, porque heredarán con su padre igualmente, y no por el órden sucesivo.

12 El quarto caso es, quando instituyó á un tio suyo hermano de su padre y á un primo hijo de otro hermano de este, pues aunque el tio es mas próxîmo en grado que el primo y abintestato le excluye de la herencia, entónces serán admitidos igualmente á ella, y no segun la prerogativa del grado. Y el quinto caso es, quando instituyó á uno individualmente ó por su nombre y á muchos colectivamente: v. gr. diciendo: *instituyo á Francisco y á quálesquiera hijos suyos por mis herederos*; pues es lo mismo que si nombrára y llamára singularmente á la herencia á cada uno de éstos, por lo que se dividirá igualmente entre todos.

13 Y por el contrario lo expuesto en el n. 10 se limita en ciertos casos. El primero es, quando el testador instituyó, v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que tuviese otros; pues le heredarán por el órden sucesivo, porque se conceptúan llamados así á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que estaban nacidos entónces, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos. El segundo es, quando llamó

á su hermano y á sus hijos, no teniendo ningunos nacidos al tiempo del testamento, porque se contemplan llamados tambien por el órden sucesivo, á causa de que como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni de consiguiente que quisiese igualarlos á éste, para que le heredasen á un propio tiempo. El tercero es, quando instituyó á su hermano, y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él, ó á sus hijos y descendientes, ó á sus hermanos y á los suyos, cuyo nombre comprehende lo mismo que el de hijos, y así en estos tres casos heredarán todos por el órden sucesivo. Y el quarto caso es, quando varias personas, entre las quales tiene lugar el órden de caridad, son llamadas alternativamente á la sucesion: ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre y sus descendientes por una diccion ó palabra colectiva de muchos grados, como *Instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes*: ó quando se hace la institucion con un nombre colectivo que comprehende diversas personas y grados: v. gr. si el testador instituye á la familia, y á los agnados, hijos y descendientes: en cuyos casos serán admitidas por el órden sucesivo segun la prerogativa del grado.

14 Sobre si los herederos han de suceder por personas ó por estirpes (*a*), debo decir que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas colectivamente incluyendo muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos por personas ó con igualdad; pues el primero percibirá la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre sí igualmente, como si dice: *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos*: *ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos*: porque todos los conjuntos se reputan una persona y no ocupan mas que un lugar, y otro el disyunto por sí solo.

15 Mas esto se limita, quando el testador añade á la institucion alguna palabra, por la qual se vé que quiso heredasen todos igualmente; v. gr. si dice *Instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*: en cuyo caso heredarán todos con igualdad; bien que si son instituidos en diversas oraciones, como si dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro, é instituyo tambien á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales, ó igualmente por estirpes*; percibirá Pe-

(*a*) Acerca de este punto dixe algo en el capítulo 7 de este libro nn. 42, &c. y 47.

dro la mitad de la herencia y los otros la otra mitad, porque la diccion por *partes iguales* apela sobre los hijos de Juan y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (*) (**).

CAPITULO IX.

Por qué causas se pueden recindir las particiones, y quándo habrá lugar á la eviccion de los bienes de la herencia ó legado.

§. I.

Por qué causas se pueden recindir ó anular las particiones de bienes de difunto.

1 Hecha la particion judicialmente, sea por los peritos que hubiesen elegido los interesados, ó por los partidores nombrados públicamente en donde los hay, y presentada al Juez de la testamentaría del difunto, debe darles traslado de ella, para que estando arreglada la aprueben, y si no lo está, deduzcan los errores y agravios que contengan, aunque juntos no importen la sexta parte del total de su respectivo haber. Tambien se les debe comunicar al mismo fin siendo mayores, quando la hacen los partidores que nombra

(*) En algunos de los últimos exemplos propuestos en este §. ha de inspeccionarse atentamente la voluntad del testador, pues me parece que en ellos no se conforma mucho el autor con esta.

(**) En otro §. de este cap. trataba el tutor del derecho de acrecer entre los herederos; esto es, del derecho en cuya virtud el que acepta su parte de herencia, adquiere la que el coheredero no quiso ó no pudo adquirir por algun motivo; pero no hay ninguna necesidad de hablar de semejante materia, ya porque como dice el mismo Febrero, el derecho de acrecer se usa hoy poco en estos reynos de Castilla á causa de ocurrir rara vez motivo para ello por el modo de ordenar las instituciones de herederos; y ya porque no apoyándose al presente dicho derecho en el axîoma, *nadie puede morir en parte testado y en parte abintestato*, ni en otros principios de la Jurisprudencia Romana que ha derogado la nuestra, sino en la voluntad del testador, basta decir que solo tendrá lugar siendo conforme á aquella, y que para conocer esto deben reflexîonarse las palabras del difunto, y atenderse las circunstancias de las personas, &c. Pueden verse en la I Part. cap. 5 las notas de los nn. 41, 89, 128, 142 y 143.

el testador para ello, y siendo menores, á sus tutores ó curadores; si bien aunque estos la consientan en sus nombres, podrán aquellos decir de agravios de ella dentro de los quatro años siguientes á los 25 de su edad, de suerte que lo mismo es que la aprueben que no, si los contiene; pues ni la permision concedida á los testadores para que los nombren, ni su nombramiento les da facultad para agraviarlos, ni les priva de usar de su derecho, porque todo esto sería iniquo, y solo sirve para libertarlos de gastos inútiles y perjuicios que se les causarian procediéndose judicialmente. Si la consienten, ha de proceder el Juez á su aprobacion; pero si alguno dice de agravios, debe comunicarlos á los otros, para que expongan lo que les convenga, y consistiendo aquellos en hecho se han de ventilar en via ordinaria, y si en derecho, debe el Juez decidirlos en vista de lo que aleguen, porque en materia de derecho no hay prueba que hacer, por hallarse resuelto en éste lo que se ha de determinar. De la sentencia que profiera, puede apelar el agraviado dentro de los cinco dias de la ley en la forma regular, y hasta que se executoria y deshace el agravio, no se expide ni debe expedir á los interesados el testimonio de su adjudicacion.

2 Por varias causas se pueden impugnar y recindir las particiones. La primera es por haberse hecho ante Juez del todo incompetente, y esta nulidad se puede alegar en todo tiempo, pues es tan grande que impide la execucion, aunque sea de tres sentencias conformes. Además no solo se anula la sentencia sino todo lo obrado ante él.

3 La segunda causa porque se pueden impugnar las particiones y alegar su nulidad, es por defecto de citacion de los interesados, como que ésta es de derecho natural.

4 La tercera es por razon de lesion en la sexta parte de lo que tocó al perjudicado, y no basta que lo sea en la de una cosa sola, sino que precisamente ha de serlo en la de todo su legítimo haber, porque la lesion en una cosa sola, podrá compensarse con la mayor estimacion de otra, si se tasó en efecto por ménos de lo que valía: lo qual procede, ya provenga la lesion de error substancial sin fr[illegible]de, ya se omita por dolo ó ignorancia colacionar alguna cosa, ya l[illegible] partidores causen agravio en el modo de liquidar y deducir, ya [illegible] origine de otro motivo, pues la ley no distingue, excepto que sobre el error y agravio haya recaido transaccion ó sentencia exéquible dada

en juicio contradictorio con pleno conocimiento de causa; y tambien procede, ya la particion se haga por el Juez, ya por árbitro, ya con el que en realidad no es heredero. Y para que solo tenga lugar la lesion en mas de la mitad, es necesario que se haya hecho la particion por convenio de los interesados, pues quando lo es por partidores, basta que sea en la sexta parte.

5 La quarta causa es por lesion enormísima, pues habiendo ésta se presume que hubo dolo, el qual en todo acto y disposicion se entiende exceptuado, por ser contra derecho; y entónces será oido el leso, aunque sea mayor y hubiese jurado no contravenir á las particiones, porque dicha lesion no se comprehende en la renuncia general, y así se deben volver á hacer, si los errores y lesion son substanciales y tan enormes que de otro modo no se pueden enmendar, pues pudiéndose hacer, se deben reformar y permitir al demandado la eleccion de que se deshagan, ó se supla el engaño; y aunque algunos no asienten al suplemento, es lo mas equitativo para evitar nuevos dispendios y dilaciones á los interesados. Si la lesion proviene de mero error de cálculo, como que entónces no es substancial, ni perjudica á los interesados en sus derechos, sino puramente material en quanto á la quota, no se deben deshacer las particiones sino las equivocaciones padecidas en la suma ó cantidad, por medio de notas ó prevenciones, expresándolo en la sentencia de aprobacion, para que no se dude que se tuviéron presentes, é insertándolas en cada testimonio de adjudicacion ó hijuela. Pero si las particiones son nulas por derecho, se deben hacer de nuevo, porque lo que ipso jure es nulo, se tiene por no hecho y ningun efecto surte, y así no se puede recindir ni enmendar. Y sobre quál se llame lesion enormísima, hay variedad de opiniones, por lo que se debe dexar al arbitrio del Juez (*a*). Lo expuesto tiene lugar, aunque los interesados aprueben el cálculo y la particion, porque con el mismo error con que se hiciéron el cálculo y division, se entiende hecha su aprobacion.

6 La quinta causa es, quando por error, olvido, engaño, ú ocultacion se dexó de colacionar y dividir alguna cosa de la herencia, en cuyo caso el que debió traerla á colacion, podrá ser compelido á ello de oficio y se dividirá, pues en este juicio nada debe dexar pro indiviso el Juez; bien que por esto no se deben recindir las particiones

(*a*) Véase en la I. P. cap. 18 la nota del n. 36.

hechas, sino tan solo dividirse lo que no se dividió, porque lo útil no se vicia por lo inútil.

7 Y esto procede, aunque la particion se haya hecho por árbitro é impuesto pena en el compromiso al que la impugnase; pues no obstante puede el interesado sin temor de incurrir en ella pretender que se dividan las cosas omitidas, porque con este hecho no impugna la particion, y únicamente intenta que lo omitido se parta, y el juicio se perfeccione ó concluya, lo qual es muy diverso: así como quando el Juez dexa de declarar ó determinar en la sentencia algunas de las pretensiones de los partidores, se le pide declare y determine lo que omitió. Y si las cosas no se omitiéron por error ó ignorancia, sino que se ocultáron por algun heredero, mucho ménos se llevará á efecto el pacto penal de no contravenir á la particion: fuera de que en todo negocio y contrato, aunque se celebre con las expresiones mas ámplias, siempre se entiende exceptuado el dolo malo.

8 Y la sexta causa porque se pueden impugnar y recindir las particiones, es por haberse hecho con el que por ningun título era heredero, aunque se imponga pena al que contravenga á ellas, pues no obstante ésta quedará impune y no podrá ser compelido á pasar por ellas; mas si se hiciéron con el heredero putativo y se confirmáron por sentencia, no pueden impugnarse por esta causa, porque entónces la division impide la repeticion de lo pagado como no debido.

9 Se pueden deshacer los agravios cometidos en las particiones apelando de la sentencia; pues no hay duda que tiene lugar la apelacion así de las particiones que hizo el Juez ordinario, como de las que hiciéron los partidores que nombráron los interesados; bien que de las formalizadas por estos me parece no puede haber apelacion, por no ser Jueces ni dar sentencia sino solo su parecer como peritos, excepto que estén nombrados en los términos y con las facultades que expuse en el lib. 1 cap. 2 n. 26.

10 Tambien se pueden deshacer en virtud de la restitucion por entero habiendo lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio, y siendo menor de 25 años el leso; y aunque está prohibida al menor la division de la herencia ó cosa comun, sin que intervengan el decreto del Juez y la autoridad de su tutor ó curador, porque es especie de enagenacion, esto se entiende, quando todos los interesados son menores, porque á ninguno se permite provocar al otro al juicio por sí solo; pero si el menor es provocado á la division por el sócio ó

partícipe mayor de 25 años, valdrá ésta con solo la autoridad de tutor ó curador, sin ser necesaria la intervencion de Juez, como tampoco quando el testador dexa nombradas personas que la hagan (a).

11 Este remedio tiene lugar, aunque sea pequeña la lesion, excepto que por la restitucion de cosa ó cantidad mínima se cause perjuicio al mayor, pues entónces se le deniega; y para llamarse pequeño ó grande se debe considerar en sí la cosa ó cantidad que pretende el menor se le restituya, y no comparativa á otra cosa ó cantidad mayor; v. gr. la lesion de 1ʊ respecto de 100ʊ es pequeña, y en sí mismo lo es. Además este remedio dura hasta los 29 años del menor perjudicado, é impide la execucion de la sentencia, ó de las particiones hechas y aprobadas por ésta, sino es que se intente maliciosamente para impedirla ó retardarla; y no se ha de innovar nada hasta que el pleyto se termine; si bien miéntras dura éste, no se revoca lo executado.

12 No será restituido el menor, si le tocó por suerte la parte cosa en que fue leso, sin haber fraude ni colusion, ya por la incertidumbre de á quien tocaria, que hace se admitan muchas cosas que de otra suerte no se admitirian, y ya porque hizo lo que el mas cuerdo y sagaz haria (b). Lo propio milita, quando todos los interesados fuéron lesos en la estimacion de los bienes que se les adjudicáron; pues guardando igualdad ninguno puede quejarse de lesion, sea mayor ó menor.

13 La particion que se hizo entre los hermanos, no se ha de deshacer, quando se dió al uno mas que lo que se le debia dar, y solamente se ha de resarcir el daño ó lesion á arbitrio del Juez.

14 Los coherederos que en virtud de una division nula y pendiente el pleyto sobre la nulidad de ella recibieron sus partes en bienes que sin su culpa perecieron ántes de concluirse aquel, no tendrán obligacion de colacionar su valor al tiempo que se haga aquella de nuevo; pues por la division y contrato nulo no se transfiere el dominio, y qualquiera cosa perece para su dueño, á cuya conseqüencia los bienes perecerán para la herencia en comun, no para los coherederos á quienes se aplicaron, y estos recibirán nuevamente sus partes, como si la division no se hubiera hecho; aunque si enagenáron alguna cosa

(a) Véase en el lib. 1 c. 1 la nota del n. 16. (b) Ley 6 al fin. tit. 19 P. 6.

y recibiéron su precio, han de colacionarle. Tampoco tendrán obligacion de colacionar los frutos percibidos de ellos, porque fuéron poseedores de buena fé en virtud de título que se tenia por válido, qual es el de la division, y semejantes poseedores no estan obligados regularmente á la restitucion de frutos.

§. II.

Quándo habrá lugar á la eviccion de los bienes quitados en juicio á alguno de los herederos á quienes se adjudicáron, ó al legatario.

15 Sucede á veces que despues de hechas judicial ó extrajudicialmente las particiones, y dada á cada heredero la posesion de lo que le tocó, le quita á alguno de ellos en jnicio un tercero alguna de las cosas que se le adjudicáron: en cuyo caso aquel, si luego que éste le mueve pleyto sobre ella, hace que se cite de eviccion á los coherederos, para que salgan á su defensa, defiende á mas de esto diligentemente la causa sin dolo ni calumnia, apela siendo condenado en primera instancia y prosigue la apelacion, y dada executoria contra él entrega en su virtud la cosa demandada, podrá reconvenir á los coherederos, quienes, háyanse obligado ó no á la eviccion, deberán reintegrarle de lo que satisfizo por ellos; porque la division se considera como una permuta y compra tácita de la porcion que competia al coheredero en cada una de las cosas que habia pro indiviso: cada interesado tiene derecho á qualquiera mínima parte de la cosa ó cosas que están sin dividir, y el contrato de permuta es tal, que si la cosa recibida en trueque falta ó se quita por eviccion al cambiador, tiene recurso para recuperar la que dió ó dimitió.

16 No obsta alegar que en las últimas voluntades no debe tener lugar la eviccion, porque en virtud de ellas se adquiere por título lucrativo, y porque seria gravosa y nociva al donante su liberalidad; pues el estar el coheredero obligado á su eviccion no es porque el testador lo estuviese por lo que dexó, ó legó libremente, sino porque quiso que cada heredero llevase su porcion entera; y por lo tanto, si otro extraño se la quita, se debe hacer de modo que la voluntad del difunto se cumpla, mayormente si la cosa quitada se dió al hijo en pago de su legítima, ya se hubiese adjudicado por el Juez en la particion ó extrajudicialmente entre los hijos, ya la hubiese señala-

do el padre en su testamento ó entregado á cuenta de ella en su vid Pero si los herederos pactan expresamente que aunque la cosa adjudcada al uno se le quite, no ha de haber lugar á la eviccion, no se l dará esta accion.

17 Ha lugar á la eviccion en la division que hagan los hermano por lo que si al uno se quita en juicio alguna cosa de las que se l aplicáron, están obligados los demas á prorata á saneársela, de mod que queden iguales; si bien por el contrario, quando el padre divi dió sus bienes entre sus hijos, aunque al uno quite un tercero algun cosa de las que su padre le dió, no tiene lugar su eviccion (a).

18 Mas sin embargo, quando se pierde la misma cosa por su na turaleza, como si á un hermano se adjudicó algun feudo, y habiendo dexado una hija que no podia obtenerle, se le quitó un tio suyo no puede la hija usar de la eviccion contra él. Y lo propio milita c los bienes sujetos á fideicomiso, si por razon de éste se quitan al qu los tiene, lo qual procede, quando se estimáron en ménos de lo qu valian por el peligro y gravámen, mediante á que éste disminuye e valor y es parte de precio; pues si no se tuvo consideracion al gravámen, y se apreció por todo lo que valia, como si no le tuviera, habrá lugar á la eviccion.

19 Ademas, quando la misma cosa ó fundo que se dudaba perteneciese á la herencia, se dividió igualmente entre todos los hermanos, aunque se quite al uno su parte, no habrá lugar á la eviccion porque como están todos en el mismo peligro, es visto haberse guardado igualdad entre ellos en dicha division. Y lo mismo procede, aunque no se dudase que era del difunto, si al principio del juicio amenaza el mismo riego á todos.

20 Pero lo dicho se limita, quando el hijo á quien se quitó su parte, fué gravado por esta razon en su legítima; en cuyo caso deben completársela los coherederos; y quando conste que quiso el testador se observase igualdad entre todos, como si dixo que cada uno llevase todo lo que le correspondia. Tambien se limita en la cosa que posia el mismo testador.

21 Sobre si competirá al legatario la accion de eviccion contra los herederos del testador por el legado que se le quitó en juicio, se han de distinguir tres casos. El primero es, quando el legado fué es-

(a) Ley 9 tit. 15 P. 6.

pecífico de cierta cosa que el testador poseia como suya, en cuyo caso no le compete, porque en duda no se presume legar lo que no es suyo, ni ser liberal con lo ageno, y sí solo haber legado lo que tenia y su posesion. Pero si sabiendo que era agena la legó, podrá el legatario pedirla, no por razon de eviccion sino como legado de estimacion en que se convierte, mayormente si aquel es persona conjunta como un hijo. El segundo caso es, quando el legado es genérico, en el qual le compete la accion de eviccion. Y el tercero es, quando el testador lega á persona conjunta la cosa agena creyendo es suya, en cuyo caso vale el legado, y así el heredero está obligado á eviccion, si en juicio se quita al legatario, porque se presume que aunque hubiese sabido que era agena, se la hubiera mandado dar ú otro tanto de sus bienes (*a*).

23 Pero no ha lugar á la eviccion en la cosa que el padre teniéndola por suya dexó con título de mejora ó fideicomiso á algun hijo suyo. Y lo mismo procede, quando lega alguna cosa en que solamente le compete el derecho de prenda, porque es visto legar ésta y no la misma cosa: ó quando lega aquella que esperaba adquirir, porque se presume legar esta esperanza y no la cosa misma: ó quando lega á persona conjunta la cosa agena, creyendo ser suya por alguna causa nula; v. gr. porque la habia comprado á pupilo sin la solemnidad legal, pues no vale el legado, ni por consiguiente ha lugar á la eviccion, aunque lo contrario sucede, quando simple y absolutamente creia ser suya: ó si lega alguna cosa, juzgando tambien serlo por alguna causa que espiraba con su muerte, y él lo ignoraba; pero no si lo sabia.

(*a*) Véase en el cap. 6. de este lib. el n. 6 y su nota.

CAPITULO X Y ULTIMO.

Se extienden dos particiones para instruccion del partidor y dos escrituras de ellas.

§. UNICO.

EXEMPLAR PRIMERO.

Particion de los bienes que dexó un marido, entre su viuda é hijos de ámbos con mejora y colacion.

1 El Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa de tal, partidor nombrado unánimemente por Doña Clara de Várgas, viuda de Don Felipe Ximenez, por Don Josef Ximénez y Doña Ana Ximénez mayores de 25 años, y ésta viuda de Don Santiago Lopez, y por Antonio de Sierra curador de pleyto de Don Juan Ximénez, pupilo, todos tres hijos de ámbos, é instituidos únicos y universales herederos del citado Don Felipe en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante F. Escribano de su número, baxo del que falleció; hago liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dexó el expresado Don Felipe, entre su viuda y herederos con vista, reconocimiento y escrupuloso exámen de su testamento, inventario formalizado, y de otros papeles relativos á su desempeño, y para su mas perceptible inteligencia debo hacer las suposiciones siguientes.

I.

Sobre la dote de Doña Clara de Várgas.

2 Estando para casarse los expresados Don Felipe y Doña Clara formalizó aquel á favor de esta en tal dia, mes y año ante tal Escribano carta de pago y recibo de los bienes que traxo á su matrimonio, y ascendiéron á cincuenta mil reales segun sus tasaciones, inclusos diez mil que llevó en dinero efectivo, por lo qual se obligó á devolverla los quarenta mil en bienes equivalentes á justa tasacion, ó en los mismos que exîstiesen, y los diez mil en dinero, siempre que el matrimonio que habian de contraer, se disolviese. En el propio contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar en derecho y le fuese útil, quinientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba; y caso que no cupiesen se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y mediante haber cabido entonces y caber tambien ahora en ella, se le bonificarán íntegramente, con la calidad de reservarlos para sus hijos si se volviere á casar, como asimismo el importe de su dote; pero respecto no constar haber llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, ni heredado despues cosa alguna, nada mas se le abonará

como patrimonio suyo puesto en la sociedad conyugal; ni tampoco vestido ordinario, por no haberse inventariado.

II.

Sobre el capital y herencia de Don Felipe Ximénez.

3 El mencionado Don Felipe despues de haber contraido su matrimonio, y en el dia tantos de tal mes y año hizo ante tal Escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y ascendieron á ciento y veinte mil reales, de los quales los ochenta mil fuéron en bienes raices libres de todo gravámen, y los quarenta mil en muebles; y de todo otorgó á su favor la expresada Doña Clara el resguardo correspondiente para que siempre constase. Despues heredó de Don Pedro Ximénez su tio treinta mil reales liquidos, baxada su parte de gastos judiciales, de cuya cantidad se le aplicáron en bienes tambien raices los veinte y cinco mil, y los cinco mil restantes en alhajas de plata, segun acredita la adjudicacion que se le formó en la division hecha por su fallecimiento con otros sobrinos coherederos, y aprobada judicialmente por sentencia que dió en tal dia el señor Don F. Corregidor de esta villa ante tal Escribano de su Número: de modo que el dicho Don Felipe Ximénez llevó al matrimonio que contraxo con la referida Doña Clara, la cantidad de ciento cincuenta mil reales efectivos, los ciento y veinte mil al tiempo de su celebracion y los treinta mil restantes miéntras duró. Y respecto haber caudal suficiente para satisfacer las deudas de la sociedad conyugal, y no constar que tuviese contra sí responsabilidades algunas, no hay motivo para minorar su capital, y así se estimarán por fondo suyo líquido puesto en ella, y se le abonarán integramente: previniendo que los bienes raices y alhajas de plata que llevó y exîsten, se aplicarán á sus hijos como patrimonio de su padre y no á su viuda, por haber otros con que reintegrarla así de su total haber con arreglo á lo estipulado en el contrato dotal como de luto, lecho, gananciales y demas que le corresponden por derecho, y segun la disposicion y obligacion que hizo su difunto marido.

III.

Sobre la dote dada á Doña Ana Ximénez por sus padres, quando se casó.

4 La citada Doña Ana Ximénez contraxo matrimonio en tal dia de tal año con el referido Don Santiago López, y llevó á él en dote por cuenta de ámbas legítimas treinta mil reales que le diéron sus padres en diferentes bienes muebles, dinero y alhajas de plata, como acredita el instrumento dotal que otorgó su marido en tal parte, tal dia de dicho mes y año; y mediante á que por ley se deben deducir de los gananciales las dotes y capitales, aunque solo el padre los dé ú ofrezca, y á que en el caudal inventariado los hay, se le imputarán en cuenta de su haber paterno los quince mil, mitad de los treinta mil, y retendrá en su poder otros quince mil para colacionarlos, quando se trate de dividir la herencia materna, como el derecho lo ordena; y los de la paterna se separarán para no detraer de su importe mejora ni legado de quota, especie, ni cantidad, para cumplir de esta suerte con la ley que prohibe se saquen mejoras de las dotes y donaciones que se colacionan, y para no perjudicar á la Doña Ana ni coherederos en cosa alguna de su legítimo haber. Despues, dedu-

cida de lo líquido del caudal paterno la mejora de tercio y quinto, se unirán los expresados quince mil reales al residuo para la division igual de legítimas entre todos tres herederos aplicándolos en vacío ó entrada por salida á la Doña Ana como recibidos, y lo que le falte para completar la suya, en bienes efectivos. Y sin embargo de que su carta dotal asciende á quarenta mil reales, no se le cargarán ahora, ni quando su madre muera, los diez mil restantes á causa de no haber salido del patrimonio de sus padres, y si proceder de dádivas y regalos que varias personas por afecto y no por mera contemplacion de aquellos le hiciéron, como en ella se refiere, de suerte que en ningun tiempo los deberá colacionar con sus hermanos.

IV.

Sobre el testamento de Don Felipe Ximénez.

5 Don Felipe falleció en esta villa en tal dia baxo del testamento que habia otorgado en tal de tal mes y año ante tal Escribano, en el qual mandó se sepultase de secreto su cadáver sin ninguna pompa ni aparato fúnebre ni en su casa ni en la iglesia: que por su alma se celebrase misa de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso en el dia de su entierro, y si no pudiese ser, en el siguiente; y por la misma, las de sus padres y demas de su obligacion doscientas misas rezadas con limosna de á quatro reales cada una, dexando al arbitrio de sus testamentarios la celebracion de las ciento y cincuenta en las iglesias y altares que eligiesen, por tocar las cincuenta restantes como quarta parte á la parroquia. Legó á su muger quinientos ducados en dinero, y otros quinientos á su hija Doña Ana, consignando los de esta en tales bienes raices, y mandando que si su valor excediese á ellos, se le aplicase el exceso en parte de legítima, y no completando su valor se le supliese en dinero. A Juan de tal su criado legó cincuenta ducados en dinero, dos vestidos de paño de tal y tal color casi nuevos, dos mudas enteras de ropa blanca interior, dos camisolas, dos corbatines de los de su uso, todo nuevo, y asimismo la cama completa en que dormia incluyendo en ella la armazon de madera, los dos colchones, quatro sábanas, quatro almohadas con dos fundas, y la manta y colcha que usaba, y á María su criada legó asimismo cien ducados en dinero y su cama en igual forma. Declaró el capital y la dote que él y su muger lleváron á su matrimonio, lo que queda dicho heredó de su tio, como tambien la dote que habia dado á dicha Doña Ana su hija en cuenta de ámbas legítimas. Mandó se cobrase lo que se le debia, y pagase lo que estuviese debiendo, expresando que todo ello resultaria de sus papeles y asientos. Mejoró en el remanente del quinto de sus bienes á su hijo Don Josef, y en el tercio al Don Juan, consignando á éste para pago de su mejora tal y tal finca raiz, y previniendo que si no la completasen, se le aplicase el resto en otros bienes de su herencia. Nombró por sus testamentarios con facultad de insólidum y prorogacion del término legal á Don Pedro, Sancho y Diego de tal, y por tutora y curadora del Don Juan su hijo pupilo á su madre, relevada de fianzas. Instituyó por sus herederos universales á sus tres hijos únicos Don Josef, D. Juan y Doña Ana Ximénez. Y finalmente revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; que es quanto substancialmente resulta del dicho testamento que á este efecto he tenido presente. Con arreglo á él y á derecho se separará préviamente el quinto de lo que le cor-

responda de los bienes inventariados y no de los colacionables: de él se baxarán los gastos de su funeral y misas, y los legados específicos y genéricos que hizo, aplicándose á Doña Clara el suyo con la obligacion en caso de pasar á segundas nupcias, de reservarle al Don Josef, á quien corresponde por su mejora: el residuo que quede de él, se adjudicará á este: luego del resto de los propios bienes inventariados se deducirá el tercio para aplicarle al Don Juan; y el sobrante despues de deducidos quinto y tercio se unirá á los quince mil reales que en parte de legítima paterna y como recibidos debe colacionar la Doña Ana: todo lo qual se hará un cuerpo y dividirá con igualdad entre los tres, aplicando á esta en vacío ó entrada por salida los mencionados quince mil reales, y en bienes efectivos lo que le falte para completar su legítima diminuta, y legado que le hizo su padre, como en la anterior suposicion se ha advertido.

V.

Sobre el inventario formalizado, liquidacion, y division del caudal inventariado y colacionado.

6 Habiendo fallecido el expresado Don Felipe acudiéron la Doña Clara de Várgas su viuda y sus dos hijos mayores en tal dia ante el Señor Don F. Corregidor de esta villa y por la escribanía numeraria de F. con la solicitud de que se hiciese inventario, tasacion y particion de sus bienes entre todos los interesados; y por un otrosí, con la de que se proveyese de curador de pleyto al menor, á la que defirió dicho Juez eligiendo por tal al referido Sierra, á quien precedida la solemnidad discernió el cargo, y con asistencia de todos se formalizáron el inventario y tasacion de quantos se halláron pertenecerle que ascendiéron á quatrocientos veintinueve mil reales en esta forma: en tierras de pan llevar treinta mil reales, en viñas veinte mil, en olivares sesenta mil, en casas quarenta mil, en trastos de madera ocho mil, en pinturas y dorado seis mil, en ropa blanca usada y en piezas catorce mil, en vestidos de lana y seda diez mil, en colchones, mantas y fundas mil ochocientos, en cobre, peltre y azofar quatro mil, en plata labrada sin hechuras veinte mil, en diamantes por el tercio de su tasa, segun se refiere en el inventario, diez y ocho mil, en trigo de su cosecha doce mil, en cebada seis mil, en garbanzos mil y quinientos, en centeno y avena quinientos, en algarroba ochocientos, en vino nueve mil, en aceyte diez y ocho mil, en aperos de labor quatro mil, en bueyes y bacas quatro mil, en mulas, yeguas y un caballo con sus aperos diez y nueve mil, en paja dos mil, en ganado lanar treinta y quatro mil, en barbechos sin sembrar seis mil, en deudas cobrables veinte mil, y en dinero efectivo sesenta mil y quatrocientos: las quales veintisiete partidas suman (salvo error) los mencionados quatrocientos veinte y nueve mil reales, importe total del caudal inventariado por muerte de Don Felipe Ximénez. De estos se harán con arreglo á la ley, á lo que resulta de los documentos mencionados y á la última disposicion de Don Felipe, las deducciones generales y particulares, y la distribucion y aplicacion correspondientes á los interesados en ellos: en primer lugar y como privilegiada la de la dote de Doña Clara importante cincuenta mil reales: en segundo, la de los diez mil que Don Felipe estaba debiendo á sus criados y otras personas quando falleció, segun se acredita por extenso en la última diligencia y declaracion del inventario, y por estar satisfechos no se formará hijuela de deudas; y en tercero, la de los ciento y cincuenta mil que llevó como capital á

su matrimonio, cuyas tres partidas componen doscientos y diez mil reales; y baxadas del total resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil, de los quales se deducen mil y trescientos que suman los bienes de que se compone el lecho quotidiano que ámbos usaban, y se ha de aplicar á la Doña Clara mediante permanecer viuda, y quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad doscientos diez y siete setecientos reales, cuya mitad son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta. Unida la mitad de gananciales al capital de Don Felipe, es su total haber el de doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales; y baxados de ellos cinco mil y quinientos por las arras que ofreció á su muger, y mil por el luto ordinario que segun costumbre deben darle sus herederos, queda reducido á doscientos cincuenta y dos mil quatrocientos y cincuenta, cuyo quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta: baxado éste, resultan de caudal doscientos un mil ochocientos y ochenta reales, de los quales el tercio son sesenta y siete mil doscientos noventa y tres y once maravedís; por manera que hecha esta deduccion quedan para legítimas ciento treinta y quatro mil quinientos ochenta y seis, y veintitres maravedís, á los que se aumentan los quince mil, mitad de los treinta mil que Doña Ana Ximénez tiene recibidos y debe colacionar en cuenta de su legítima paterna, como se ha prevenido en la suposicion tercera y al fin de la quarta, y con ellos asciende el total de legítimas á ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta y seis reales, y veintitres maravedís, de cuya cantidad tocan á cada hijo quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales, y siete maravedís. Por lo respectivo á la liquidacion del quinto importante los dichos cincuenta mil quatrocientos y setenta reales, se deben baxar de ellos diez y siete mil seiscientos setenta y un reales, y veintiseis maravedís que importan el funeral y misas de Don Felipe, los legados que hizo, y los derechos de visitar su testamento, y queda reducido á treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales, y ocho maravedís, los quales se aplicarán á su hijo Don Josef como mejorado en su residuo con el importe de su legítima. Segun esta liquidacion el haber de Doña Clara por todos sus derechos asciende á ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales en esta forma: cincuenta mil por su dote, ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta por su mitad de gananciales, cinco mil y quinientos por sus arras, mil por el luto, mil y trescientos por el lecho, y cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su marido: el de Don Josef á ochenta y dos mil seiscientos y sesenta reales, y quince maravedís; los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos, y siete maravedís por su legítima, y los treinta y dos mil setecientos noventa y ocho maravedís por el residuo del quinto: el de Don Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales, y diez y ocho maravedís por el residuo del quinto: el de Don Juan á ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco reales, y diez y ocho maravedís, los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos, y siete maravedís por su legítima, y los sesenta y siete mil doscientos noventa y tres, y once maravedís por su mejora del tercio; y el de Doña Ana á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales y siete maravedís, los quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos y siete maravedís por su legítima, y los cinco mil y quinientos por el legado que su padre le hizo. Unidos estos haberes con los diez mil reales de las deudas comunes y con el importe de las misas, entierro, legados de criados y derechos de visita del testamento, y agregados á estas partidas dos maravedís, de que por tener muy incómoda division y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados no se hizo mérito, componen

quatrocientos quarenta y quatro mil reales, total caudal inventariado y colacionado; y baxados los quince mil traidos á colacion queda reducido á los quatrocientos veintinueve mil inventariados. Y es de tener presente que nada se abona á la viuda por razon de alimentos ni intereses de dote rerardada á causa de haber estado viviendo con sus hijos y gastado todos de una masa desde la muerte de su marido, sin haber resultado incremento en el caudal en el corto tiempo que ha estado pro indiviso, segun se me ha informado. Con arreglo á todo lo expuesto procedo á formar el cuerpo de hacienda, liquidacion y deducciones de él en la forma siguiente.

7 *Cuerpo de hacienda.* Se ponen por caudal treinta mil reales en que se han valuado las tierras de pan llevar inventariadas por muerte de Don Felipe Ximenez. . . . . 30ʊ.

Mas veinte mil reales á que ascienden las viñas que dexó. . . 20ʊ.

Mas, sesenta mil reales en que se han apreciado los olivares que le pertenecian. . . . . 60ʊ.

Mas, quarenta mil reales, precio total y líquido de dos casas que poseia en tal y tal calle. . . . . 40ʊ.

Mas, ocho mil reales, importe de los trastos de madera y menage de su casa. . . . . 8ʊ.

Mas seis mil reales en que se han tasado las pinturas y dorado. 6ʊ.

Mas, catorce mil reales que importan la ropa blanca usada y en piezas. . . . . 14ʊ.

Mas, diez mil reales á que han ascendido los vestidos de lana y seda. . . . . 10ʊ.

Mas, mil ochocientos reales en colchones, mantas y fundas para almohadas. . . . . 1ʊ800.

Mas, quatro mil reales en cobre, peltre y azofar. . . . . 4ʊ.

Mas, veinte mil reales en plata labrada sin hechuras. . . . . 20ʊ.

Mas, diez y ocho mil reales en diamantes por el tercio. . . . 18ʊ.

Mas, doce mil reales en tantas fanegas de trigo. . . . . 12ʊ.

Mas, seis mil reales en tanta cebada. . . . . 6ʊ.

Mas, mil y quinientos reales en tantas arrobas de garbanzos. . . 1ʊ500.

Mas, quinientos reales en tantas fanegas de centeno y tantas de avena. . . . . ʊ500.

Mas, ochocientos reales en tantas fanegas de algarroba. . . . . ʊ800.

Mas, nueve mil reales en tantas arrobas de vino. . . . . 9ʊ.

Mas, diez y ocho mil reales en tantas de aceyte. . . . . 18ʊ.

Mas, quatro mil reales en aperos para la labor. . . . . 4ʊ.

Mas, otros quatro mil realas en tantos bueyes y bacas. . . . . 4ʊ.

Mas, diez y nueve mil reales en tantas mulas, tantas yeguas y un caballo con sus guarniciones. . . . . 19ʊ.

Mas, treinta y quatro mil reales en tantas cabezas de ganado lanar. . . . . 34ʊ.

Mas, dos mil reales en tantas arrobas de paja. . . . . 2ʊ.

Mas, seis mil reales en que se han estimado los barbechos sin sembrar. . . . . 6ʊ.

Mas, veinte mil reales en deudas á su favor cobrables. . . . . 20ʊ.

Mas, sesenta mil y quatrocientos reales en dinero. . . . . 60ʊ.

Total importe del caudal inventariado. 429ʊ.

Asciende el caudal inventariado por fallecimiento de Don Felipe Ximénez (salvo error) á quatrocientos veinte y nueve mil reales, segun aparece de la suma general de las veintisiete partidas anteriores, y de ello se hacen las deducciones siguientes:

8 *Baxas comunes ó generales.* Se baxan del cuerpo del caudal inventariado cincuenta mil reales que consta haber llevado en dote á su matrimonio Doña Clara de Várgas, segun se ha sentado en la primera suposicion. . . . . 50ə.

Mas, diez mil reales, importe de las deudas contraidas durante su matrimonio con su difunto marido, segun consta de la última declaracion del inventario, y que por estar ya satisfechas no se individualizan. . . . . 10ə.

Mas, ciento y cincuenta mil reales á que ascienden los bienes que Don Felipe Ximénez llevó á su matrimonio, y heredó durante él de su tio Don Pedro Ximénez. . . . . 150ə.

Total de baxas comunes. . . . . 210ə.

Resultan de gananciales. . . . . 219ə.

Importan las baxas comunes hechas del caudal inventariado doscientos y diez mil reales, y cotejados estos con los quatrocientos vientinueve mil inventariados resultan de gananciales doscientos y diez y nueve mil reales, de los quales se hace la siguiente deduccion.

9 *Baxas de los gananciales.* Se deducen de los gananciales mil y trescientos reales que valen los colchones y demas cosas de que se compone el lecho que usaban diariamente Don Felipe y su viuda, y corresponde á esta por permanecer sin casarse. . . . 1ə300.

Quedan de gananciales líquidos partibles con igualdad. 217ə700.

Cuya mitad son. . . . . 108ə850.

De los doscientos diez y nueve mil reales á que ascienden los gananciales adquiridos por Don Felipe y su muger durante su matrimonio, baxando mil y trescientos que importan los bienes de que se compone el lecho quotidiano, quedan líquidos y partibles entre ámbos con igualdad doscientos diez y siete mil setecientos: cuya mitad perteneciente á cada uno son ciento ocho mil ochocientos y cincuenta, por lo que se procede á liquidar el haber de Don Felipe, y á hacer de él las deducciones correspondientes.

10 *Haber de Don Felipe Ximénez.* A Don Felipe Ximénez y por su representacion á sus hijos tocan por el capital llevado al matrimonio y herencia de su tio habida durante él. . . 150ə.

Mas, por su mitad líquida de gananciales ciento ocho mil ochocientos y cincuenta reales. . . . . 108ə850.

Total haber suyo. . . . . 258ə850.

2580850.

11 *Baxas de este haber.* Por las arras que ofreció á su muger al tiempo de su matrimonio, cinco mil y quinientos reales. 5500.

Por el luto ordinario que sus herederos deben darle segun costumbre, se le regulan mil reales. . . . . 10.

Importan estas dos deducciones. . . . . 6500.

Queda reducido su haber á. 2520350

12 *Distribucion del caudal líquido de Don Felipe Ximénez entre sus hijos.* El caudal líquido de Don Felipe son doscientos cincuenta y dos mil trescientos cincuenta reales. . . . . 2520350.

Importa el quinto de estos. . . . . 500470.

Quedan de caudal para sacar el tercio de mejora. 2010880.

El tercio de estos son. . . . . 670293...11.

Quedan para legítimas. . . . . 1340586. .23

Aumento por via de colacion á las legítimas. Se aumentan al caudal que queda para legítimas paternas, por lo que Doña Ana Ximénez tiene recibido á cuenta de la suya, quince mil reales. . . . . 15.

Total de legítimas. . . . . 1490586...23.

Tocan á cada uno de los tres hijos de Don Felipe Ximénez por su legítima paterna. . . . . 490862... 7.

Asciende el total haber de Don Felipe Ximénez á doscientos cincuenta y ocho mil ochocientos y cincuenta reales, y baxados de ellos los seis mil y quinientos importe de las arras y luto de su viuda quedan líquidos doscientos cincuenta y dos mil trescientos y cincuenta, de los quales el quinto son cincuenta mil quatrocientos y setenta, y el tercio sesenta y siete mil doscientos noventa y tres reales y once maravedís: de suerte que hay para distribuir ciento treinta y quatro mil quinientos ochenta y seis reales y veintitres maravedís, y agregando á estos los quince mil que debe colacionar Doña Ana Ximénez, compone el total de legítimas ciento quarenta y nueve mil quinientos ochenta reales, y veintitres maravedís, y de ellos tocan á cada uno de sus tres hijos quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís.

13 *Liquidacion y distribucion del quinto.* El quinto de los bienes de Don Felipe Ximénez asciende á cincuenta mil quatrocientos setenta reales. . . . . 500470.

	50ɔ470.
13 *Baxas de él.* Se baxan mil ochocientos reales, importe del funeral, segun consta de recibos.	1ɔ800.
Mas, doscientos once reales y veintiseis maravedís, limosna de las cincuenta misas de la quarta parroquial á quatro reales, y ocho maravedís de cera y oblata.	ɔ211...26.
Mas, seiscientos reales por las ciento y cincuenta restantes á quatro reales.	ɔ600.
Mas, veinte reales legados á las mandas forzosas.	ɔ020.
Mas, otros veinte á los Reales hospitales.	ɔ020.
Mas, cinco mil y quinientos que legó á su muger.	5ɔ5000.
Mas, otros tantos que legó á sus hijas.	5ɔ5000.
Mas, dos mil y doscientos, importe del legado que en dinero efectivo y otros bienes hizo á su criado.	2ɔ200.
Mas, mil y ochocientos por el que hizo á su criada en dinero y cama.	1ɔ800.
Mas, veinte reales, importe de los derechos de visitar el testamento.	ɔ020
Importan estas deducciones.	17ɔ671....26
Total del quinto.	50ɔ470
Líquido sobrante del quinto.	32ɔ798....8.

El quinto de los bienes propios de Don Felipe Ximénez suma cincuenta mil quatrocientos y setenta reales, y deducidos diez y siete mil seiscientos setenta y uno y veintiseis maravedis, á que ascienden los gastos de su funeral, entierro y legados que hizo, quedan sobrantes treinta y dos mil setecientos noventa y ocho reales y ocho maravedís, los que se han de aplicar á su hijo Don Josef como mejorado en su remanente, á mas de su legítima.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion por todos sus derechos.

14 *Haber de Doña Clara de Várgas.* Doña Clara de Várgas debe haber por su dote.	50ɔ.
Mas, por su mitad de gananciales.	108ɔ850.
Mas, por sus arras.	5ɔ500.
Mas, por el luto ordinario.	1ɔ.
Mas, por el lecho quotidiano.	1ɔ300.
Mas, por el legado que su marido le hizo.	5ɔ500.
Total haber de Doña Clara.	172ɔ150.
Haber de Don Josef Ximénez. Don Josef Ximénez debe haber por su legítima.	49ɔ862....7.
Mas, por el residuo del quinto.	32ɔ798....8.
Total haber de Don Josef.	82ɔ660....15.

Haber de Don Juan Ximénez. Don Juan Ximénez debe haber por su legítima. . . . . 49∂862....7.
Mas, por su mejora del tercio. . . . . 67∂293....11.

Total haber de Don Juan. . . . . 117∂155...18.

Haber de Doña Ana Ximénez. Doña Ana Ximénez debe haber por su legítima. . . . . 49∂862...7.
Mas, por el legado de quinientos ducados que le hizo su padre. 5∂500.

Total haber de Doña Ana. . . . . 55∂362...7.

De la liquidacion y deducciones precedentes resulta que el haber de Doña Clara por todos sus derechos son ciento setenta y dos mil ciento cincuenta reales, el de Don Josef ochenta y dos mil seiscientos y sesenta con quince maravedís, el de Don Juan ciento diez y siete mil ciento cincuenta y cinco, con diez y ocho maravedís, y el de Doña Ana cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos y siete maravedís; y con arreglo á ellas y á lo prevenido en las suposiciones procederé á formar las adjudicaciones á los interesados.

15 *Comprobacion de esta cuenta.* Por el importe de las deudas contra el caudal. . . . . 10∂.
Por el haber de Doña Clara de Várgas. . . . . 172∂150.
Por el haber de Don Josef Ximénez. . . . . 82∂660...15.
Por el de Don Juan Ximénez. . . . . 117∂155...18.
Por el de Doña Ana Ximénez. . . . . 55∂362.....7.
Por el funeral. . . . . 1∂800.
Por la limosna de las doscientas misas. . . . . ∂811...26.
Por el legado hecho á las mandas forzosas. . . . . ∂020.
Por el de los Reales hospitales. . . . . ∂020.
Por el legado de su criado. . . . . 2∂100.
Por el de su criada. . . . . 1∂800.
De dos maravedís, que faltan para completar todo el caudal, por ser muy incómoda su division entre los tres herederos y no gastar infructuosamente el tiempo en apurar quebrados, no se hizo mérito. . . . . 2.
∂ 2.

Total caudal incluso el colacionado. . . . . 444∂.

Báxanse como colacionados. . . . . 15∂.

Quedan de caudal. . . . . 429∂.

Importa el inventario los mismos. . . . . 429∂.

Igual. . . . . ∂. 2.

16 *Haber de Doña Clara de Várgas.* Doña Clara de Várgas viuda de Don Felipe Ximénez debe haber por su dote cincuenta mil reales. . . . . 50∂.

Mas, por su mitad de gananciales ciento y ocho mil ochocientos y cincuenta reales. . . . . 108∂850.

Mas, por las arras que su marido le ofreció al casarse, cinco mil y quinientos reales. . . . . 5∂500.

Mas, por el luto ordinario mil reales. . . . . 1∂.

Mas, por el lecho quotidiano mil y trescientos reales. . . . . 1∂300.

Mas, por el legado que su marido le hizo, cinco mil y quinientos reales. . . . . 5∂500.

Total haber de Doña Clara de Várgas. . . . . 172∂150.

Asciende el haber de Doña Clara de Várgas por todos sus derechos á ciento setenta y dos mil ciento y cincuenta reales, de los quales se le hará pago con los bienes siguientes.

17 *Adjudicacion y pago.* Se aplican á Doña Clara de Várgas quatro tierras de pan llevar sitas en término de esta villa y pago llamado N. que estan unidas, componen tantas fanegas de sembradura, y lindan por el Oriente con el arroyo nombrado M, por Poniente con la senda que desde esta villa va á la de tal, por el Septentrion con tierras del vinculo de F, y por el Mediodia con otras de G, cuyas tierras adquiriéron Doña Clara y su marido durante su matrimonio por venta que en precio de tres mil reales formalizó á su favor F. de tal vecino de esta villa á tantos de tal mes y año ante F. Escribano de su Número; las quales para esta particion se valuáron en la misma cantidad. . . . . 3∂.

Mas, se le adjudican, &c. . . . . ∂.

Total de bienes aplicados. . . . . 172∂150.

Total haber suyo . . . . . 172∂150.

Queda pagada enteramente. . . . . ∂.

Importan los bienes aplicados á Doña Clara de Várgas ciento setenta y dos mil, ciento y cincuenta reales, y lo que debe percibir por todos sus derechos, la misma cantidad, por lo que queda satisfecha enteramente de ellos.

18 *Hijuela para Doña Ana Ximénez.* Doña Ana Ximénez una de los tres hijos y herederos que dexó Don Felipe Ximénez, debe haber por su legítima paterna quarenta y nueve mil ochocientos sesenta y dos reales y siete maravedís. . . . . 49∂862.7.

Mas, por el legado que su padre le hizo, cinco mil y quinientos reales. . . . . 5∂500.

Total haber de Doña Ana Ximénez. . . . . 55∂362.7.

Importa el total haber de Doña Ana Ximénez cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales con siete maravedís que se han de completar con los bienes siguientes.

19 *Adjudicacion y pago.* Se dan en pago á Doña Ana Ximénez quince mil reales que en cuenta de su legítima paterna percibió al casarse, segun se ha sentado en la suposicion tercera, por lo que se le aplican en vacío como recibidos..... 15∂.

Mas, se le aplican, &c..... ∂.

Total de bienes aplicados á Doña Ana..... 55∂362.7.

Total haber suyo..... 55∂362.7.

Queda satisfecha enteramente..... ∂.

Ascienden los bienes aplicados á Doña Ana Ximénez á cincuenta y cinco mil trescientos sesenta y dos reales con siete maravedis, y lo que debe haber por sus derechos la propia cantidad, por lo que queda pagada enteramente de ellos.

16 En las adjudicaciones lo mismo es anteponer que posponer los bienes, con tal que los de cada clase vayan unidos, y hasta completar la suma que deba aplicarse de una, no se empiece con otra para evitar confusion, y que se sepa, si se guardó la posible analogía á proporcion en todas. De los bienes raices se mencionarán, si se quisiese los títulos de propiedad en cada partida, si cada finca los tiene diversos, y sino en cada dos ó mas que comprehendan. Y si alguna interasada es muger casada, se le ha de hacer la adjudicacion nombrándola primero en ella, y diciendo luego: *y en su nombre y como su marido á F.*; y si hay menor, fatuo ó loco, se le ha de nombrar tambien, y por su representacion á su tutor ó curador que deben percibir por ellos la herencia, y se han de mencionar tambien en el exôrdio de la particion. Concluidas todas las adjudicaciones se harán las declaraciones siguientes ú otras que convengan.

Declaraciones.

I. Se declara que siempre que aparezcan algunos otros bienes y créditos pertenecientes á este caudal, se deberán tener por incremento de él y dividirse en la forma que los inventariados entre todos los partícipes; y lo mismo deberá practicarse con los débitos, cargas y responsabilidades que resulten contra él, y por no haberse tenido presentes, no se han deducido: de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente á la solucion de las segundas, como con igual derecho al percibo de los primeros.

II. Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raices inventariadas y aplicadas en el concepto de libres resultaren estar vinculadas, ó pertenecer en todo ó en parte á tercero, y por consiguiente no ser de esta testamentaría, el importe principal de ellas, las expensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la represente, caso que se le mueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que experimente, deberán tenerse por ménos caudal, y bonificarle los otros partícipes sin excusa su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo

adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleyto que se suscite, citando de eviccion conforme á derecho y no de otra suerte á los demas interesados, y hasta que se executorie, no tendrá derecho á dicha repeticion.

III. Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas no solo las comunes que quedan deducidas, sino tambien las del quinto con el dinero inventariado, por lo que solo se ha distribuido lo liquido que le correspondido á cada interesado.

IV. Tambien se declara que de las escrituras, y demas documentos y papeles de propiedad de las fincas raices inventariadas se deben entregar á cada interesado los correspondientes á los que se las adjudicaron, para acreditar su legitimidad, y para que con el testimonio de su adjudicacion le sirvan de resguardo y título de pertenencia en todo tiempo.

V. Ultimamente se declara que los derechos de inventario, tasacion, particion, su aprobacion, testimonio de las adjudicaciones que con insercion de las suposiciones, de la sentencia y de estas declaraciones se han de dar á los interesados, de papel gastado y demas diligencias que ocurran hasta la evacuacion de todo, y los del curador de pleyto del menor no se han deducido; y se deberá tasarlos la persona que elija el Señor Juez de esta testamentaria, con separacion de los que corresponden á cada uno de los que intervinieron en ello, especificándose en la tasacion lo que toca á cada partícipe satisfacer por su parte y á mas de los derechos comunes á todos habrá de satisfacer el menor á su curador los suyos. Con estas declaraciones concluyo esta particion que con arreglo á los documentos que se me manifestaron, y devolví á quien me los entregó, y baxo del juramento que hice, he hecho bien y fielmente segun mi inteligencia sin causar agravio á los interesados, por lo que la firmo en esta villa de tal á tantos de tal mes y año, &c.

21 Si quedare algo sin dividir por estar en litigio ó por otra causa, se declara, y si hubiere motivos para hacer mas declaraciones, se harán.

22 Las hijuelas de deudas se han de formar en cabeza del viudo, viuda ó hijo mayor, y mas seguro y puntual para su pago, poniéndose primero los acreedores con individualidad, y luego los bienes que se le apliquen para su satisfaccion, como se advertirá en el exemplar siguiente.

23 El papel que corresponde á las particiones es el del sello quarto mayor, á las hijuelas el del sello tercero, y en el intermedio comun. Si fueren tan voluminosas que no quepan en quaderno, se pondrá en el primero un pliego del mismo sello tercero y otro en el último, y el papel de los intermedios de estos dos quadernos y el de los demas será sin sello, que es lo que se practica en esta corte.

EXEMPLAR SEGUNDO.

Particion de los bienes del marido entre su viuda é hijos de dos matrimonios con mejora, reserva y colacion.

24 Don F. vecino de esta villa, partidor nombrado por Doña Juana Velázquez, viuda en segundas nupcias de Don Jorge Sarmiento, por Don Josef y Don Juan Sarmiento y Céspedes mayores de 25 años sus hijos habidos en su primer matrimonio con Doña Lucía de Céspedes, y por Antonio del Rio curador de pleyto de Don Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velázquez menores, tambien sus hijos tenidos en su segundo matrimonio con la expresada Doña Juana Velázquez, todos quatro instituidos por únicos y universales herederos del ci-

tado Don Jorge en el testamento que formalizó en esta villa á tantos de tal mes y año ante tal Escribano, baxo del que falleció; hago liquidacion y division de todos los bienes y créditos que dexó el referido Don Jorge con vista y reconocimiento exâcto de su testamento, inventarios formalizados por su muerte y por la de su primera muger, cartas de dote de ámbas, capitales del difunto llevados á sus dos matrimonios, y de otros papeles concernientes á su mas perfecto desempeño, y para la debida claridad debo hacer las suposiciones siguientes.

Suposiciones acerca del primer matrimonio.

I.

Sobre la dote de Doña Lucía de Céspedes muger primera de Don Jorge.

25 En tal dia de tal mes y año el expresado Don Jorge hallándose próxîmo á contraer matrimonio con la referida Doña Lucía de Céspedes, otorgó á su favor ante tal Escribano carta de pago y recibo de los bienes y efectos que llevó á él por dote y caudal propio, y ascendiéron á treinta mil reales segun su tasacion, veintiquatro mil en tierras y viñas, sitas en tales parages, término de tal pueblo, y seis mil en ropas y otros muebles, obligándose á devolverle la expresada cantidad en esta forma: los veintiquatro mil en los propios bienes raices; y los seis mil en muebles á justa tasacion, siempre que el matrimonio se disolviese por qualquiera de las causas prescriptas por derecho. En el mismo contrato dotal le ofreció en arras, ó como mas hubiese lugar, doscientos ducados que confesó cabian en la décima parte de los bienes libres con que se hallaba á la sazon; y para el caso de no caber se los consignó en los que adquiriese en lo sucesivo á su eleccion; y respecto haber cabido entónces y al tiempo que falleció, se le abonarán. Pero mediante á que los bienes raices se pusiéron por el total de su tasa, sin deducir los gravámenes á que eran responsables, por ignorarlo el Don Jorge y no haberlo expresado la Doña Lucia, y que tenian contra sí un censo de doscientos ducados de principal al quitar á favor de tal capellanía, se baxarán estos del importe dotal para hacer del residuo como líquido la distribucion y aplicacion, y quedará reducido á veintisiete mil y ochocientos reales, los que se tendrán por dote efectiva de la citada Doña Lucia para su abono, y en atencion á no constar haber heredado cosa alguna despues de casada, ni llevado bienes parafernales que haya entregado á su marido, nada habrá que abonarle por esta razon.

II.

Sobre el capital que Don Jorge llevó á su primer matrimonio.

26 Habiendo contraido su matrimonio el mencionado Don Jorge Sarmiento, formalizó en tal dia, mes y año ante tal Escribano capital de todos los bienes que habia llevado á él, y Doña Lucia su muger otorgó á su favor el correspondiente resguardo. Dichos bienes consistiéron en plata, dinero y otras cosas muebles, y ascendiéron á quarenta mil reales, los que se obligó á tener la referida por caudal de su marido, para que se deduxese su importe despues de su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, y ántes que los gananciales; lo qual se practicará así, mediante haber sido efectivos, y declarado con ju-

ramento Don Jorge no tener contra sí deuda ni responsabilidad alguna, ni hab resultado despues; pero no se le abonará otra cosa, por no constar que la h biese llevado al matrimonio ni heredado en su intermedio.

III.

Sobre el testamento de Doña Lucía de Céspedes, primera muger de Don Jorge Sarmiento.

27 Hallándose gravemente enferma Doña Lucía, otorgó su testamento tal dia, mes y año ante tal Escribano, en el qual ordeno, que se amortaja su cadáver con tal hábito y sepultase en público en su parroquia con tal apara fúnebre: que el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente, celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente, con Diácono, Subdi cono, vigilia y responso: que lo mas breve que fuese posible, se le dixese cien misas rezadas, dando por la limosna de cada una tres reales, de que se cada la quarta parroquial, mandasen celebrar sus testamentarios las restantes donde les pareciese. Legó á su marido quinientos ducados por una vez: mejor en el tercio y remanente del quinto de sus bienes á Doña Micaela Sarmiento Céspedes su hija de edad de quatro años, en atencion á estar sin criar y su muger, consignándole la mejora en bienes raices de los que habia llevado en dote quando se casó, y en los demas raices que por razon de gananciales pudiesen corresponderle. Nombró por sus testamentarios con facultad insólidum dicho su marido, y á D. F. y F. instituyó por sus únicos y universales herederos á los expresados Don Josef, Don Juan y Doña Micaela Sarmiento y Céspedes sus tres hijos, habidos en su matrimonio con Don Jorge Sarmiento su marido; y finalmente, revocó y dió por nulas todas sus disposiciones testamentarias anteriores, segun resulta todo mas difusamente del mencionado testamento, con arreglo al qual y á derecho se harán las deducciones y aplicaciones correspondientes, como se advertirá en la siguiente suposicion.

IV.

Sobre el inventario y distribucion de los bienes que dexó Doña Lucía de Céspedes.

28 Habiendo fallecido Doña Lucía baxo del expresado testamento, solicitó Don Jorge su marido se hiciese inventario de todos los bienes que habian quedado, para que nunca fuesen perjudicados sus hijos; y con efecto, por auto que proveyó el Señor Don F. Teniente Corregidor de esta villa en tantos de tal mes y año ante tal Escribano de su Número, defirió á su solicitud; á cuya consequencia se formalizó ante tal Escribano en diferentes dias, y los bienes inventariados ascendiéron á ciento cincuenta y dos mil y doscientos reales en esta forma: en tierras tanto, en olivares tanto, &c. (*Se pondrán por clases y por mayor los bienes como en la última suposicion del primer exemplar*) En este estado se quedó el inventario, y los bienes permanecieron en poder de Don Jorge, quien declaró á su final no haber deudas algunas contra el caudal, por lo que se baxarán solamente de ellos los doscientos ducados que deben considerarse por menos dote, á causa de no haberse rebaxado quando se hizo el inventario, sino ántes bien puesto por el total de sus tasas los bienes hipotecados á ellos, de

suerte que quedará reducido el caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía á ciento y cincuenta mil reales, de los quales se deducen sesenta y siete mil y ochocientos, los veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, y quarenta mil por el capital de su marido; y restados del cuerpo efectivo del caudal resultan de utilidades en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos, cuya mitad son quarenta y un mil y ciento. Segun esta liquidacion asciende el haber de Don Jorge á ochenta y seis mil y seiscientos reales, quarenta mil por su capital, quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos del legado que le hizo su difunta muger; pero como de dicha cantidad deben baxarse dos mil y doscientos reales por las arras que ofreció á su muger, y el importe de dicho legado por deber reservarle á sus hijos, como adelante se dirá, son el líquido y propio haber de Don Jorge sin gravámen de restitucion ni reserva setenta y ocho mil y novecientos reales. No se le abona luto, por no acostumbrarse darle á los viudos de los bienes de sus mugeres ni de otra parte, y sí únicamente á estas siendo viudas; ni tampoco lecho quotidiano mediante deber volverle á la masa comun para su division con los herederos con arreglo á la ley, por haberse vuelto á casar. El haber de Doña Lucía importa setenta y un mil y cien reales: veintisiete mil y ochocientos por su dote líquida, quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y dos mil y doscientos por las arras que le ofreció su marido. De estos setenta y un mil y cien reales el quinto son catorce mil doscientos y veinte, y el tercio deducido con arreglo á la ley diez y ocho mil novecientos y sesenta: de modo que hay para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte, á cada uno de sus tres hijos tocan por esta razon doce mil seiscientos y quarenta, y á la Doña Micaela por su legítima y mejora corresponden quarenta y cinco mil ochocientos y veinte; pero baxando de ellos seis mil setecientos veinticinco y treinta maravedis, novecientos por el funeral de su madre, trescientos y cinco con treinta maravedis por la limosna de doscientas misas rezadas que mandó celebrar: ocho que legó á las mandas forzosas y hospitales, doce que consta haberse pagado por visitar su testamento, y cinco mil y quinientos restantes por el legado que hizo á su marido; queda deducido el haber líquido de Doña Micaela á treinta y nueve mil noventa y quatro reales con treinta maravedis; á que agregados veinticinco mil doscientos y ochenta, importe de las legítimas de sus dos hermanos, componen el total que tocó á los tres hijos de Doña Lucía de Cespedes por su herencia materna, la cantidad de sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro reales con quatro maravedis, de los quales era responsable su padre, por haber entrado en su poder, debiendo al mismo tiempo reservarles no solo lo que tocó á la Doña Micaela y recayó en él por su muerte abintestato sin sucesion, sino igualmente los quinientos ducados que le legó su muger, pues en pena de haberse vuelto á casar perdió la propiedad de todo; en cuya atencion deberá responder á sus dos hijos Don Josef y Don Juan de sesenta y nueve mil ochecientos setenta y quatro reales, y quatro maravedis, y quedarán reducidos los ciento y ochenta mil reales que Don Jorge llevó á su segundo matrimonio, á ciento diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis líquidos: setenta y ocho mil y novecientos por su capital y mitad de gananciales, deducidas las arras ofrecidas á su muger, y treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis que aparece haber heredado durante su viudedad de su tio Don Alexandro Sarmiento; y se tendrá por capital suyo efectivo la cantidad referida, como se dirá en la siguiente suposicion.

Suposiciones acerca del segundo matrimonio.

V.

Sobre la dote de Doña Juana Velázquez, segunda muger de Don Jorge Sarmiento el capital que éste llevó á su segundo matrimonio, y las arras que le ofrecio.

29 Estando viudo Don Jorge trató de contraer segundas nupcias con Doña Juana Velázquez de estado doncella, y habiendo traido ésta á su poder por dote y caudal suyo veinte mil reales en bienes muebles y dinero, formalizó á su favor en tal dia mes y año ante tal Escribano el competente recibo y resguardo, obligándose á su restitucion en qualquiera de los casos prevenidos por derecho. Ademas, en consideracion á sus loables prendas le ofreció en arras, ó como mas útil le fuese, la décima parte de los bienes líquidos y efectivos que tenia entónces; y posteriormente hallándose ya casados hizo su capital de los que así suyos como de sus tres hijos llevó á su matrimonio, y ascendieron á ciento y ochenta mil reales, inclusos treinta y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis que durante su viudedad parece heredó de Don Alexandro Sarmiento su tio, de los quales sesenta y quatro mil trescientos setenta y quatro con quatro maravedis pertenecian á sus tres hijos, y cinco mil y quinientos procedian del legado que su primera muger le habia hecho, y por haberse vuelto á casar, debia reservar á la mejorada en el quinto, del que se habian deducido; por manera que segun se ha especificado en la anterior suposicion, solo eran propios de Don Jorge ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis, cuya décima son once mil y doce reales con veinte maravedis: y de todos otorgó á su favor dicha Doña Juana el competente instrumento, obligándose á tenerlos por capital y fondo puesto por su marido en la sociedad conyugal, y á que despues de separadas su dote y deudas de su matrimonio, si las hubiese, se baxaria su importe ántes que el de los gananciales. Con arreglo á estos contratos matrimoniales y á lo que dispone el derecho, se practicará la respectiva liquidacion y deduccion, segun se mostrará en la suposicion última, y se estimarán por capital liquido, efectivo y unico de Don Jorge los ciento diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis, como llevados realmente á su segundo matrimonio, para no perjudicar á su viuda en su mitad de gananciales, mediante á que el resto hasta los ciento ochenta mil, aunque le llevó á él quando se casó, le extraxo despues como deuda que tenia contra sí y satisfizo; y por razon de arras con responsabilidad de reservar su importe la Doña Juana á los quatro hijos de su marido, si se volviere á casar, se le abonarán únicamente once mil y doce reales con veinte maravedis, décima parte de los bienes que éste tenia quando se casó con ella; y nada de los que adquirió despues, por haberse limitado á ellos su oferta, y no ampliando á los que posteriormente adquiriese, ni dexado á su arbitrio la eleccion de los dos tiempos.

VI.

Sobre el fallecimiento de Doña Micaela en su menor edad y distribucion entre sus hermanos de lo que heredó de su madre.

30 Despues de haber contraido matrimonio Don Jorge Sarmiento con Doña Juana Velázquez, y en tal dia de tal mes y año falleció en la edad pupilar Doña Micaela Sarmiento y Céspedes su hija habida en su primera muger Doña Lucía de Céspedes, y todos los bienes que le correspondian por la herencia materna, recayéron en su padre que los estuvo usufructuando; pero mediante á que por haberse vuelto á casar perdió su dominio, se dividirán con igualdad entre los otros dos hijos de su primer matrimonio Don Joseph y Don Juan como hermanos enteros de la Doña Micaela, por haberlos instituido en esta forma su madre, y en su consecuencia percibirán los treinta y nueve mil noventa y quatro reales con quatro maravedis que por su legitima y mejora le debian tocar: por manera que ni de los raices que existen, y llevó en dote Doña Lucía á su matrimonio, ni de los demas adquiridos en él que le debian corresponder, y en que consignó la mejora, nada tocará ni se aplicará á la actual viuda ni á sus hijos, respecto de que no se hallan entre los inventariados, por habérselos dado su padre en el concepto de ser suyos, y porque aun quando se hallaran, deberian volver á ellos como dueños, sin embargo de que podia usufructuar los reservables miéntras viviese. Tampoco llevarán cosa alguna del legado de quinientos ducados que su madre hizo á su padre, por haberse baxado del quinto, y tocarles por la misma razon que el tercio y legitima de la mejora, á la qual habrian de volver, si viviera, como se ha sentado en la quarta suposicion.

VII.

Sobre lo que dió Don Jorge á los dos hijos de su primer matrimonio durante el segundo.

31 Con motivo de haber tomado estado de matrimonio Don Josef y Don Juan Sarmiento y Céspedes, hijos de Don Jorge y de su primera muger Doña Lucía, se pactó habia de dar quarenta mil reales á cada uno para ayudar á sostener sus cargas en cuenta de ámbas legitimas; y con efecto por escritura que otorgáron á su favor en tales dias de tales meses y años ante tal Escribano, confesáron haber recibido de su padre ochenta mil reales por mitad, quarenta mil cada uno en los bienes raices que su madre llevó en dote, en otros tambien raices de los que le podian tocar por mitad de gananciales, y asimismo en muebles y dinero, dándole de ellos el correspondiente resguardo, obligándose á colacionarlos por su muerte en la forma y concepto en que se los habia entregado, y previniendo que respecto no haber hecho particion por muerte de su madre, é ignorarse por lo mismo si les cabria ó no todo por los derechos de ésta; si excediesen á lo que les podia tocar por ella, se les imputaria como recibido en parte de la legitima paterna, y si faltase para completarles la materna, se les habia de suplir hasta cubrirla Y habiéndose practicado ahora la correspondiente liquidacion, ha resultado que lo que ámbos debian

haber por la materna, eran veinticinco mil doscientos y ochenta reales, doce mil seiscientos y quarenta cada uno; á que agregados treinta y nueve mil noventa y quatro con quatro maravedis, importe del haber de su hermana Doña Micaela, y cinco mil y quinientos del legado que su madre hizo á su padre, cuyas dos últimas partidas debió reservarles éste, componen todas las de sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro con quatro maravedis; de modo, que resultados éstos de los ochenta mil asciende lo que percibiéron á cuenta de la paterna diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís, los quales se estimarán como lucrados en el segundo matrimonio, porque se extraxéron del fondo de las utilidades de él, y á no haberlos dado á sus hijos esto mas habria de caudal, y para que la segunda muger no sea perjudicada en su mitad, se unirán al inventariado, como se expresará en la última suposicion, pues no está obligada á dotar ni hacer donacion á sus entenados, como si fuera su madre.

VIII.

Sobre el testamento de Don Jorge Sarmiento.

32 Don Jorge Sarmiento falleció en tal dia de tal mes y año baxo del testamento que habia hecho y queda mencionado en el exôrdio de esta particion, y por él ordenó se amortajase su cadáver con tal hábito, y sepultase con tal aparato y acompañamiento: que el dia de su entierro, siendo hora, y si no, en el siguiente, se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, vigilia y responso; y se dixesen por su intencion quanto ántes fuese posible, doscientas misas rezadas por la limosna de quatro reales, en tales iglesias y altares, á excepcion de cincuenta, quarta parte correspondiente á la parroquia. Dexó el usufructo del remanente del quinto de sus bienes á Doña Juana Velázquez su segunda muger, consignándosele en raices con la expresa calidad y prohibicion de que jamas habia de poder disponer de ellos, gravarlos, hipotecarlos, ni enagenarlos, mediante á que por su muerte habian de percibirlos con igualdad sus hijos habidos en sus dos matrimonios, y si alguno hubiese fallecido sin dexar sucesion legitima, se habian de repartir entre los que le sobreviviesen, y dexándola, habia ésta de llevar la parte que tocaria á su ascendiente á no haber muerto. Legó á su criada Maria Lopez cincuenta ducados en dinero por una vez. Mejoró en el tercio de sus bienes por mitad á Don Isidro y Doña Ignacia Sarmiento y Velázquez sus dos hijos menores, y de Doña Juana Velázquez su segunda muger. Declaró quanto habia dado á los hijos de su primer matrimonio en cuenta de sus legítimas, y heber fallecido sin testamento ni sucesion la Doña Micaela, por cuya muerte habian recaido en él todos los derechos maternos que le competian. Declaró asimismo estaba debiendo varias cantidades á diferentes personas, y mandó se pagasen, como tambien que se cobrasen las que tenia á su favor, pues todas constaban de sus papeles y asientos. Nombró por sus testamentarios con facultad insolidum á D. F. y D. F. á quienes prorogó el término legal para cumplir lo que dexaba dispuesto. Instituyó por sus universales herederos á sus quatro hijos Don Joseph, Don Juan, Don Isidro y Doña Ignacia Sarmiento, habidos en sus dos matrimonios con Doña Lucia de Céspedes y Doña Juana Velázquez. Y finalmente revocó todas las disposiciones testamentarias anteriores. Esto es lo substancial y concerniente á esta particion que resulta del citado testamento, con arreglo al qual, á los inventarios y demas documentos que se

han tenido presentes, y á las disposiciones legales se harán con separacion, distincion y claridad las liquidaciones, deducciones y repartimiento del caudal de ámbos matrimonios entre la viuda actual y los expresados quatro hijos.

I X.

Sobre el inventario hecho por muerte de Don Jorge Sarmiento, y la liquidacion y distribucion de su caudal.

33 Todo el caudal que dexó Don Jorge Sarmiento y se inventarió por su muerte, ascendió á trescientos y setenta mil reales en esta forma: en tierras tanto, en viñas tanto, en casas tanto, en ropa blanca tanto, &c. (*Se expresarán las clases de bienes y su importe como en el primer exemplar*) cuyas tantas partidas suman los referidos trescientos y setenta mil reales, á que unidos diez mil ciento veinticinco con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio en cuenta de su legítima paterna, miéntras estuvo casado segunda vez, por lo que saliéron del fondo del segundo, y se deben estimar por incremento de él, como se ha sentado en la suposicion séptima, compone todo el caudal del referido matrimonio pertenecientes á entrámbos cónyuges trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis; de los quales en observancia de las leyes, con arreglo al testamento de Don Jorge se harán las liquidaciones y division correspondientes entre los interesados. En primer lugar se baxan veinte mil reales, importe de la dote de Doña Juana Velázquez: en segundo, treinta mil á que ascienden las deudas de su matrimonio; y en tercero, ciento diez mil ciento y veinticinco con treinta maravedis, total capital líquido y efectivo que como suyo llevó á él Don Jorge. Estas tres partidas hacen la de ciento y sesenta mil ciento y veinticineo reales con treinta maravedis, y restados de los trescientos setenta mil ciento y veinticinco reales, resultan de utilidades aumentadas en el segundo matrimonio doscientos y diez mil; de los quales, deducidos novecientos por el lecho quotidiano, quedan de gananciales partibles con igualdad entre Don Jorge y su viuda dosciedtos nueve mil y cien reales, cuya mitad son ciento quatro mil quinientos y cincuenta. Unida esta mitad al capital que Don Jorge llevó á su matrimonio, suma su total haber doscientos y catorce mil setecientos setenta y cinco reales con treinta maravedis, y baxando de ellos once mil seiscientos y doce con veinte maravedis por las arras que ofreció á su muger, y seiscientos por lo que costó el luto de esta, hay para distribuir entre sus quatro hijos doscientos treinta mil sesenta y tres reales con diez maravedis, de los quales para deducir la mejora sin violar la ley se separan los diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, y quedan ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedis, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedis y dos quintos de otro, y el tercio baxado el quinto cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve reales con treinta y tres maravedis y un quinto, de manera que quedan para legítimas, agregando los diez mil ciento y veinticinco reales con treinta maravedis que anticipó á los referidos sus dos hijos, y se separáron para sacar la mejora, ciento y trece mil veinticinco reales con veintiocho maravedis y dos quintos, de los que, divididos entre los quatro, tocan á cada uno por su legítima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos. Por lo que ha-

ce á la liquidacion del quinto, se baxan de su importe dos mil trescientos noventa y tres reales con veintiseis maravedís, mil por los derechos del funeral de Don Jorge: doscientos once y veintiseis maravedís por la limosna de las cincuentena misas de la quarta parroquial á quatro reales y ocho maravedís por derechos de cera y oblata: seiscientos por la de las ciento y cincuenta restantes con igual limosna sin derechos, diez de las mandas forzosas, otros diez de los Reales hospitales, doce de visitar su testamento, y los quinientos y cincuenta restantes del legado que hizo á su criada; de suerte que queda reducido el quinto á treinta y seis mil ciento noventa y tres reales con veintiquatro maravedís y dos quintos, los que se aplicarán en bienes raices á Doña Juana para que los usufructúe conforme á la disposicion de su difunto marido, y por su muerte se dividirán entre sus quatro hijos, ó quien los represente con arreglo á la voluntad de su padre. Segun esta liquidacion el haber de Doña Juana en propiedad y usufructo (sin contar lo que se le adjudicará como pagadora de deudas que se la ha de constituir) asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedís y dos quintos; ciento treinta y siete mil y sesenta y dos con veinte maravedís en propiedad por estas razones: veinte mil por su dote, ciento quatro mil quinientos y cincuenta por la mitad de gananciales, novecientos por el lecho quotidiano, seiscientos por el luto, y once mil y doce con veinte maravedís por las arras que su marido le ofreció; y treinta y seis mil ciento noventa y tres con veintiquatro maravedís y dos quintos en usufructo por remanente del quinto. El haber de Don Josef por su legítima paterna, fuera de lo que tiene tomado, y se le debe descontar, es de veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedís y tres quintos: el de Don Juan de otra igual cantidad: el de Don Isidro por su legítima y mejora de cincuenta y tres mil novecientos ochenta y uno con quince maravedís y un quinto: el de Doña Ignacia por los propios derechos de la misma cantidad; y uniendo á estos haberes los treinta mil reales de las deudas, y los dos mil trescientos noventa y tres con veintiseis maravedís de los gastos deducidos del quinto, componen todas las partidas especificadas los trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís del caudal inventariado por muerte de Don Jorge y colacionado por los dos hijos de su primer matrimonio. Hechas estas suposiciones, y con la prevencion de que no se abonan alimentos á su viuda, por haberse estado manteniendo con sus dos hijos del caudal comun el corto tiempo que há muerto su marido; ni tampoco vestido ordinario por no haberse inventariado; procedo á evacuar las liquidaciones del caudal de ámbos matrimonios, y para ello á formar el siguiente cuerpo de hacienda.

Cuerpo del caudal inventariado por muerte de Don Jorge Sarmiento, y de lo que quedó por la de su primera muger Doña Lucia de Céspedes.

34 *Caudal del inventario de Doña Lucía de Céspedes.* Se ponen por caudal de esta particion sesenta y nueve mil ochocientos setenta y quatro reales con quatro maravedís que Don Jorge dió á los dos hijos de su primer matrimonio, y se hallaban en su poder por las razones expuestas en las suposiciones sexta y séptima. . . . . 69 0874 . 4

Mas, mil doscientos veinticinco reales y treinta marave-

69∂874. 4.

dís, importe de los gastos del funeral y misas de Doña Lucía de Céspedes; y no se incluye el legado de quinientos ducados que hizo á su marido, por estarlo ya en la partida precedente..... 1∂225..30.

Mas, diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís que resulta haber anticipado á los dichos dos hijos en cuenta de su legítima paterna, como se ha sentado en las suposiciones séptima y novena..... 10∂125..30.

Mas, en tierras inventariadas por muerte de Don Jorge treinta mil reales..... 30∂.

Caudal inventariado por muerte de Don Jorge. Mas, sesenta mil reales en viñas..... 60∂.

Mas, ciento cincuenta y cinco mil reales en casas..... 155∂.

Mas, diez mil reales en ropa blanca mojada, y sin mojar... 10∂.

Mas, en trastos de madera siete mil reales..... 7∂.

Mas, diez mil reales en pinturas y dorados..... 10∂.

Mas, trece mil reales en ropa de lana y seda..... 13∂.

Mas, dos mil reales en colchones, mantas y fundas..... 2∂.

Mas, mil reales en cobre, peltre y azofar..... 1∂.

Mas, veintiseismil reales en plata labrada sin hechuras..... 26∂.

Mas, catorce mil reales en diamantes por el tercio de su tasa.. 14∂.

Mas, seis mil reales en deudas cobrables á favor del caudal. 6∂.

Y últimamente se ponen por cuerpo del caudal veinteseis mil reales en dinero efectivo..... 26∂.

Cuerpo total del caudal..... 441∂225.30.

35 *Baxa.* Se baxan del total referido ciento y cincuenta mil reales que se han inventariado por muerte de Doña Lucia de Céspedes, primera muger de Don Jorge..... 150∂.

Quedan para el segundo matrimonio, sin incluir sesenta y ocho mil y novecientos reales sobrantes del primero que se unirán quando se haga la liquidacion y division del caudal de aquel, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedís..... 291∂225. 30.

36 Asciende el caudal de esta particion á quatrocientos quarenta y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedís, y separados de ellos los ciento y cincuenta mil inventariados por muerte de Doña Lucía de Céspedes quedan para parte de lo que se inventarió por la de Don Jorge su marido, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco con treinta maravedís, á los quales se agregarán setenta y ocho mil y novecientos que debiéron tocar á Don Jorge en la liquidacion del que quedó, quando falleció dicha Doña Lucía, y compondrán los trescientos y setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís, como se demostrará en su lugar: por lo que procedo á evacuar la del que dexó está.

37 *Liquidacion y distribucion del caudal inventariado por*

muerte de Doña Lucía de Céspedes. El caudal inventariado por fallecimiento de Doña Lucía de Céspedes ascendió á ciento y cincuenta mil reales, como se ha expresado en la quarta suposicion. 150ʊ.

38 *Baxas comunes de él.* Se baxan de este caudal veintisiete mil y ochocientos reales líquidos, á que quedáron reducidos los treinta mil que llevó en dote Doña Lucía por la razon expuesta en la primera suposicion. . . . . 27ʊ800.

Mas, quarenta mil reales que Don Jorge Sarmiento llevó como capital suyo á su matrimonio con Doña Lucía, segun se refiere en la segunda suposicion. . . . . 40ʊ.

Total de baxas comunes. . . . . 67ʊ800.

Resultan de gananciales. . . . . 82ʊ200.

Cuya mitad son. . . . . 41ʊ100.

39 Importan las deducciones hechas del caudal inventariado por muerte Doña Lucía de Céspedes sesenta y siete mil y ochocientos reales, y rebatid de los ciento y cincuenta mil que suma su total, resultan de gananciales adq ridos en su matrimonio ochenta y dos mil y doscientos reales, cuya mitad quarenta y un mil y ciento.

40 *Haber de Doña Lucía de Céspedes.* Doña Lucía de Céspedes debe haber por su dote líquida veintisiete mil ochocientos reales. . . . . 27ʊ800.

Mas, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y ciento. 41ʊ100.

Mas, por las arras que le ofreció su marido dos mil y doscientos. 2ʊ200.

Total haber suyo setenta y un mil y cien reales. 71ʊ100.

Importa el quinto de estos catorce mil doscientos y veinte reales. . . . . 14ʊ200.

Quedan de caudal baxado el quinto para sacar el tercio, cincuenta y seis mil ochocientos y ochenta reales. . . . . 56ʊ880.

El tercio de estos asciende á diez y ocho mil novecientos y sesenta reales. . . . . 18ʊ960.

Y deducidos tercio y quinto quedan para las legítimas de sus tres hijos treinta y siete mil novecientos veinte reales. . . . . 37ʊ920.

De estos tocan á cada hijo doce mil seiscientos y quarenta. . . 12ʊ640.

41 *Liquidacion y distribucion del quinto de los bienes de Doña Lucía de Céspedes.* El quinto de los bienes de Doña Lu-

cía de Céspedes asciende á catorce mil doscientos veinte reales. 14∂220.

42 *Baxas de él.* Por los gastos de funeral novecientos reales como consta de recibos. . . . . ∂900.

Por la limosna á tres reales cada una de las veinticinco misas de la quarta parroquial juntamente con los derechos de cera y oblata ochenta reales con treinta maravedís. . . . . ∂080. 30.

Por las setenta y cinco restantes á los mismos tres reales sin mas derechos doscientos veinticinco segun recibos. . . . . ∂225.

Por el legado que hizo á las mandas forzosas y hospitales ocho reales, quatro á unos y otros. . . . . ∂008.

Por los derechos de visitar su testamento doce reales . . . . . ∂012.

Por el legado que hizo á su marido cinco mil y quinientos reales. 5∂500.

Importan estas baxas. . . . . 6∂725. 30.

Total del quinto. . . . . 14∂220.

Líquido sobrante de él. . . . . 7∂494. 4.

43 *Resumen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta particion.* Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital quarenta mil reales. . . . . 40∂.

Mas, por su mitad de gananciales quarenta y un mil y cien reales. . . . . 41∂100.

Mas, por el legado que le hizo su muger, cinco mil quinientos reales. . . . . 5∂500.

Total haber de Don Jorge. . . . . 86∂600.

Se baxan por las arras que ofreció á su muger. 2∂200.

Queda reducido su haber á. . . . . 84∂400.

Se baxan de este los cinco mil y quinientos reales del legado. . . . . 5∂500.

Es su líquido haber en propiedad. . . . . 78∂900.

Haber de Don Josef Sarmiento. Don Josef Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales. . . . . 12∂640.

Haber de Don Juan Sarmiento. Don Juan Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta

reales. . . . . 12ɔ640.

Haber de Doña Micaela Sarmiento. Doña Micaela Sarmiento debe haber por su legítima materna doce mil seiscientos y quarenta reales. . . . . 12ɔ640.
Mas, por el tercio diez y ocho mil novecientos y sesenta. . . 18ɔ960.
Mas, por el residuo del quinto siete mil quatrocientos noventa y quatro reales con quatro maravedis. . . . . 7ɔ494.....4.

Total haber suyo. . . . . 39ɔ094.....4.

44 *Comprobacion de esta liquidacion.* Por el haber líquido de Don Jorge Sarmiento en propiedad. . . . . 78ɔ900.
Por el legado que le hizo su muger. . . . . 5ɔ500.
Por la legítima materna de Don Josef Sarmiento. . . . . 12ɔ640.
Por la de Don Juan Sarmiento. . . . . 12ɔ640.
Por la legítima y mejora del tercio y remate líquido del quinto perteneciente á Doña Micaela Sarmiento. . . . . 39ɔ094.....4.
Por los gastos del funeral, misas y visita del testamento de Doña Lucía de Céspedes, y mandas hechas á los Santos Lugares y Hospitales. . . . . 1ɔ225..30.

Suman estas seis partidas. . . . . 150ɔ000.

Y el caudal inventariado los mismos. . . . . 150ɔ000.

45 Por la liquidacion y deducciones precedentes se manifiesta: que el haber correspondiente á Doña Lucía de Céspedes muger primera de Don Jorge Sarmiento asciende á setenta y un mil y cien reales, veintisiete mil y ochocientos por su dote liquida, quarenta y un mil y ciento por su mitad de bienes gananciales, y dos mil doscientos por las arras que su marido le ofreció: que el quinto de ellos son catorce mil doscientos y veinte reales, y el tercio deducido aquel diez y ocho mil novecientos y sesenta, por lo que restan para legítimas treinta y siete mil novecientos y veinte reales, y tocan á cada uno de sus tres hijos por la suya doce mil seiscientos y quarenta: que deduciendo del quinto seis mil setecientos veinticinco reales con treinta maravedis por los gastos del funeral y misas de Doña Lucía, y legados que hizo, quedan siete mil quatrocientos noventa y quatro con quatro maravedis: que Don Jorge debe haber ochenta y seis mil y seiscientos reales, quarenta mil por su capital, quarenta y un mil y ciento por su mitad de gananciales, y cinco mil y quinientos por el legado que le hizo su muger; y baxando de su total los dos mil y doscientos que ofreció á ésta en arras, y los cinco mil y quinientos del legado que debió reservar á los hijos de su primer matrimonio, queda reducido su verdadero haber en propiedad á setenta y ocho mil y novecientos, los que se han de agregar al caudal del segundo matrimonio para su liquidacion y division; y en fin que Don Josef Sarmiento debe percibir por su legítima doce mil seiscientos y quarenta reales, Don Juan otra cantidad igual por la suya, y Doña Micaela por la suya, y por

su mejora del tercio y remanente del quinto treinta y nueve mil noventa y quatro reales con quatro maravedis. Y respecto estar evacuada la liquidacion del caudal del primer matrimonio procedo á hacer la del segundo.

46 Hecho cargo el partidor de que en esta particion hay dos inventarios y dos liquidaciones, y de que los caudales son diversos, y parte de el del primer matrimonio está incluso en el del segundo, y parte no; extrañará que habiendo salido durante éste del cuerpo de su caudal la primera, segunda y tercera partidas puestas en el general que dexo formado de ámbos, la primera, porque la llevó el marido á él, la segunda, porque al tiempo del fallecimiento de la primera muger estaba embebido su importe en el que se inventarió, y la tercera, porque era parte de los gananciales adquiridos en el segundo matrimonio; las haya incluido en dicho cuerpo general; pero debe considerarse que si no se hubiesen puesto en él para complemento de ámbos caudales, faltaria el competente y sería imposible hacer la division. Extrañará asimismo tal vez que ponga por mayor las expresadas tres partidas, y no los bienes que las componen: á lo qual satisfago con decir que en el presente caso sería abultar y gastar infructuosamente tiempo, trabajo y papel, ya porque los bienes no se hallan en el caudal inventariado, ya porque el padre dió á sus hijos los raices maternos que les correspondian, como queda sentado en la última suposicion, y nunca debian dividirse sino entre ellos, y ya porque aun quando no les tocáran por razon de dominio, una vez entregados, no se les debian quitar, excepto que tuviesen que restituir; y así bastaba traer numéricamente su importe á esta particion. Pero al contrario será, quando se hallen entre los inventariados, y por no haber tomado estado los hijos ó por otra causa nada les dió su padre; pues entónces se deberán poner, y el partidor ha de formar una suposicion del importe de los raices y otros conocidos de la primera muger, especificándolos para que se sepa quáles son, y se apliquen á sus hijos, haciendo á este efecto el correspondiente cotejo con su instrumento dotal y demas papeles que los acrediten: lo qual procede tambien en los de tres ó mas matrimonios, segun sea el caso. Mas sin embargo de que se hallen dichos bienes en el caudal inventariado, si su padre les dió otros equivalentes y se contentáron con ellos, es superfluo hacer el cotejo, porque es visto haberse celebrado entre hijos y padre contrato de permuta y subrogacion, en cuya virtud adquirió el padre los que correspondian á sus hijos por su madre.

47 *Liquidacion y distribucion del caudal del segundo matrimonio.* Son caudal del segundo matrimonio de Don Jorge Sarmiento setenta y ocho mil y novecientos reales que quedáron sin aplicar en la liquidacion anterior, tocáron segun ella al Don Jorge, y los llevó á dicho matrimonio. . . . . 78000.

Mas, doscientos noventa y un mil doscientos veinticinco reales con treinta maravedis que sobráron del cuerpo general del caudal de esta particion, segun se expresa á su final, en los que se incluye lo que Don Jorge heredó de su tio Don Alexandro y llevó tambien á su segundo matrimonio, y lo que durante éste anticipó á sus dos hijos del primero en cuenta de la legitima paterna. 291225...30.

Total del caudal del segundo matrimonio. . . . . 370125...30.

48 El caudal inventariado por muerte de Don Jorge Sarmiento y corres-

pondiente á su segundo matrimonio asciende á trescientos setenta mil ciento veinticinco reales y treinta maravedis, como se ha sentado en la última suposicion, de cuyo total procedo á hacer las correspondientes deducciones.

49 *Baxas comunes ó generales.* Se baxan de este caudal veinte mil reales que Doña Juana Velázquez llevó en dote á su matrimonio. . . . . 20∂.

Mas, treinta mil reales que su marido estaba debiendo quando falleció, segun consta de la última declaracion del inventario hecho por su muerte. . . . . 30∂.

Mas, ciento y diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis liquidos y efectivos que Don Jorge llevó por capital suyo sin responsabilidad alguna á su segundo matrimonio: setenta y ocho mil y novecientos que le tocáron en la particion de los bienes de su primera muger, y treinta un mil doscientos veinticinco con treinta maravedis que mientras estuvo viudo, parece haber heredado de su tio Don Alexandro Sarmiento, segun se ha referido en las suposiciones quarta y quinta. . . . . 110∂125...30.

Total de baxas comunes. . . . . 160∂125...30.

Hay de gananciales. . . . . 210∂.

50 Las partidas deducidas del total del caudal inventariado y correspondiente al segundo matrimonio de Don Jorge importan ciento y sesenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis, y baxados estos de los trescientos sesenta mil ciento veinticinco y treinta maravedis resultan de utilidades en él doscientos y diez mil, de los quales se hace la deduccion siguiente.

51 *Baxas de los gananciales.* Se deducen del total de los gananciales novecientos reales que segun tasacion importan los colchones, sábanas, mantas y demas cosas de que se compone el lecho quotidiano de Don Jorge y su viuda Doña Juana, á la que corresponde por permanecer en este estado. . . . . ∂900.

Quedan de gananciales partibles con igualdad entre Don Jorge y Doña Juana. . . . . 209∂100.

Cuya mitad son. . . . . 104∂550.

52 De los doscientos y diez mil reales que importan los bienes que D. Jorge y Doña Juana lucráron miéntras estuviéron casados, deduciendo novecientos por el lecho quotidiano, quedan liquidos y partibles entre ámbos doscientos nueve mil y ciento, y tocan á cada uno ciento y quatro mil quinientos y cincuenta, por lo que procedo á liquidar el haber de Don Jorge, y hacer de él las deducciones que conforme á derecho y á su voluntad deben hacerse.

53 En el libro primero cap. 3 §. 1 nn. 21, &c. y 25 traté del modo de deducir la dote de la segunda muger, quando en su matrimonio hay gananciales y

los acepta, y su marido tiene hijos del primero que no están pagados de su haber materno, lleve ó no al segundo bienes equivalentes á cubrírsele, ó algunos mas suyos, ó ningunos; y á fin de no perjudicarla en su mitad, expliqué con la claridad posible los quatro modos que pueden ocurrir. En el quarto por incluir en sí dos, aunque me parece dixe lo suficiente, le remití á este lugar en que prometí formar la cuenta de los quatro modos que allí expuse; y para poder desempeñar mi oferta tengo por indispensable dividir las dos partes que incluye dicho caso, y hacer con separacion de cada una la explicacion correspondiente para su mejor inteligencia.

54 La primera parte es, quando el padre lleva al segundo matrimonio bienes suyos y de sus hijos habidos en el primero, y durante aquel les da el todo ó parte de lo que les toca por su madre, y no mas. En este caso se puede hacer la cuenta de dos modos: el uno es agregar númericamente al caudal inventariado lo entregado á los hijos, deducir de él hecho todo un cuerpo la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y su capital íntegro, conforme le llevó á él, y hechas estas tres deducciones será gananciales partibles entre la viuda y todos los hijos de su difunto marido el residuo. Y el otro modo es no hacer merito ni agregar al caudal inventariado lo entregado á los hijos, y deducir únicamente lo que hecha la entrega quedó de su capital, como si nada mas hubiera llevado á su matrimonio, y saldrá la misma quota y porcion de gananciales, como se demuestra en el siguiente exemplo.

55 *Suposiciones para formar la cuenta.* El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . . 30∂.

La dote de la segunda muger ocho mil reales. . . . . 8∂.

Las deudas del segundo matrimonio mil reales. . . . . 1∂.

El capital del marido diez mil reales, y con quatro mil que tocaban á sus hijos por su herencia materna, compone todo lo que llevó á su matrimonio, catorce mil reales. . . . . 14∂.

Y lo que dió á dichos hijos, fuéron los quatro mil reales de su haber materno y no mas. . . . . 4∂.

Modo primero de formarla. Caudal inventariado. . . . . 30∂.
Lo dado por el padre á sus hijos. . . . . 4∂.

Total. . . . . 34∂.

Baxas. Dote de la segunda muger. . . . . 8∂
Deudas del segundo matrimonio. . . . . 1∂.
Capital que el marido llevó á él, suyo y de sus hijos. . . . . 14∂.

Total de baxas. . . . . 23∂.

Quedan de utilidades. . . . . 11ə.

Cuya mitad son. . . . . 5ə500.

Modo segundo. Caudal inventariado treinta mil reales. . . . . 30ə.

Baxas de este caudal. Dote de la segunda muger . . . . . 8ə.
Deudas contraidas en el segundo matrimonio. . . . . 1ə.
Capital propio del marido. . . . . 10ə.

Total de baxas. . . . . 19ə.

Quedan de utilidades para ámbos. . . . . 11ə.

Cuya mitad son. . . . . 5ə500.

56 La segunda parte del dicho quarto caso es, quando el padre no solo dió á sus hijos todo lo que tenia en su poder y les tocaba por su haber materno, sino que del caudal del segundo matrimonio les anticipó algo á cuenta del paterno. En este caso se puede hacer tambien la cuenta de dos modos: el primero, agregando numéricamente al caudal inventariado lo que percibiéron por su madre, y lo que les anticipó, y baxando de la suma de este total la dote segunda, las deudas de este matrimonio, y el capital íntegro que su padre entró en él; pues lo que quede hechas estas deducciones, será la utilidad partible por mitad entre la viuda é hijos de su difunto marido; y el segundo, que es el que he observado en la presente particion ó exemplar, se reduce á agregar únicamente al caudal inventariado lo que el padre anticipó á sus hijos en cuenta de su legítima paterna, y baxar de lo que sumen estas dos partidas, la dote segunda, las deudas expresadas, y lo que el padre llevó como fondo suyo sin responsabilidad al segundo matrimonio; y no mas, porque hechos estos descuentos resulta la misma utilidad que del primer modo, segun se demuestra en las cuentas siguientes.

57 *Suposiciones para formar la cuenta.* El caudal inventariado importa treinta mil reales. . . . . 30ə.

La dote de la segunda muger ocho mil. . . . . 8ə.

Las deudas de su matrimonio mil. . . . . 1ə.

El capital que el marido llevó á él, diez mil reales que con lo de sus hijos componen catorce mil. . . . . 14ə.

Y lo que dió á estos son ocho mil. . . . . 8ə.

Modo primero de formarla. Caudal inventariado. . . . . 30∂.

Lo entregado por el padre á sus hijos. . . . . 8∂.

Total del caudal. . . . . 38∂.

Baxas. Dote de la segunda muger. . . . . 8∂.
Deudas del segundo matrimonio. . . . . 1∂.
Capital que el marido llevó á él, incluso lo que era de sus hijos. . . . . 14∂.

Total de baxas. . . . . 23∂.

Quedan de gananciales. . . . . 15∂.

Cuya mitad son. . . . . 7∂500.

Modo segundo. Caudal inventariado. . . . . 30∂.
Lo anticipado por el padre á sus hijos en cuenta de legítima paterna. . . . . 4∂.

Total del caudal. . . . . 34∂.

Baxas. Dote de la segunda muger. . . . . 8∂.
Deudas del segundo matrimonio. . . . . 1∂.
Capital líquido y propio sin responsabilidad alguna. . . . . 10∂.

Total de baxas. . . . . 19∂.

Quedan de gananciales. . . . . 15∂.

Cuya mitad son. . . . . 7∂500.

58 Por las cuentas precedentes podrá formar el partidor en casos semejantes todas las que le ocurran de mayor ó menor caudal, entre hijos de dos, tres, ó mas matrimonios para no perjudicar á las mugeres, ni á los hijos de las difuntas en su parte de gananciales, observando en quanto á la deduccion del lecho quotidiano lo explicado en el cap. 6 del lib. 1 nn. 49 y 50. Por lo concerniente á los tres casos explicados en dicho cap. 3 n. 21 &c. y 24 le remito á ellos, por haberle ya dado bastantes luces, y así paso á continuar el presente exemplar.

59 *Haber de Don Jorge.* Don Jorge Sarmiento debe haber por su capital ciento diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís. . . . . 110∂125.30.

110@125.30.

Mas, por su mitad de gananciales ciento y quatro mil y quinientos y cincuenta reales. . . . . 104@550.

Total haber suyo. . . . . 214@075.30.

60 *Baxas de este haber.* Por las arras que ofreció á su muger once mil y doce reales con veinte maravedís. . . . . 11@012.20.
Por el luto que se le debe, seiscientos. . . . . @600.

Total de baxas. . . . . 11@612.20.

Caudal líquido para distribuir. . . . . 203@063.10.

61 *Baxas de este caudal líquido para sacar la mejora.* Por lo que anticipó á sus dos hijos en cuenta de su legítima paterna, diez mil ciento veinticinco reales y treinta maravedís. . . . 10@125.30.

Quedan para deducir la mejora. . . . . 192@937.14.

62 *Distribucion del caudal de Don Jorge entre sus hijos.* El caudal líquido de Don Jorge para sacar la mejora son ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete reales con catorce maravedís. . . . . 192@937.14.

Importa el quinto de estos. . . . . 38@587.16.$\frac{2}{5}$

Quedan para sacar el tercio. . . . . 154@349.31.$\frac{1}{5}$

El tercio de estos son. . . . . 51@449.33.$\frac{1}{3}$

Quedan para legítimas. . . . . 102@899.32.$\frac{2}{3}$

63 *Aumento por via de colacion al caudal de legítimas.* Se aumenta al caudal que queda para legítimas paternas lo que se baxó para deducir la mejora, que son. . . . . 10@125.30.

Total de legítimas. . . . . 113@025.28.$\frac{2}{3}$

Tocan á cada uno de los quatro hijos que dexó Don Jorge, por su legítima paterna. . . . . 28ɔ256.15.$\frac{8}{3}$

Y cada uno de los de su primer matrimonio, mediante lo que tiene tomado. . . . . 23ɔ193.17.$\frac{2}{8}$

64 *Liquidacion y repartimiento del quinto de los bienes de Don Jorge.* El quinto de los bienes que dexó Don Jorge Sarmiento, asciende á treinta y ocho mil quinientos treinta y siete reales con catorce maravedis y dos quintos de otro. . . . . 38ɔ537.14.$\frac{2}{5}$

65 *Baxas de él.* Se baxan mil reales, importe de su funeral. 1ɔ.

Mas, doscientos once reales y veintiseis maravedis por la limosna de cincuenta misas de la quarta tocante á la parroquia, á quatro reales, con mas ocho maravedis por derechos de cera y oblata. . . . . ɔ211.26.

Mas, seiscientos reales, limosna de las ciento y cincuenta restantes hasta las doscientas que mandó celebrar, á los mismos quatro reales. . . . . ɔ600.

Mas, diez reales que legó á las mandas forzosas. . . . . ɔ010.

Mas, otros diez reales á los Reales hospitales. . . . . ɔ010.

Mas, doce reales por los derechos de visitar su testamento. ɔ012.

Mas, quinientos y cincuenta reales que legó á su criada. . . ɔ550.

Importan estas deducciones. . . . . 2ɔ393.26.

Total del quinto. . . . . 38ɔ587.16.$\frac{2}{3}$

Queda reducido á. . . . . 36ɔ193.24.$\frac{2}{3}$

66 El total haber de Don Jorge Sarmiento por su capital y mitad de gananciales asciende á doscientos catorce mil seiscientos setenta y cinco reales con treinta maravedis, de que baxados once mil seiscientos doce con veinte maravedis por las arras y luto de su viuda, quedan líquidos doscientos tres mil y sesenta y tres con diez maravedis, y separando de estos para el único efecto de sacar la mejora diez mil ciento veinticinco con treinta maravedis que anticipó á los dos hijos de su primer matrimonio, restan asimismo ciento noventa y dos mil novecientos treinta y siete con catorce maravedis, cuyo quinto son treinta y ocho mil quinientos ochenta y siete con diez y seis maravedis y dos quintos de otro, y tercio cincuenta y un mil quatrocientos quarenta y nueve con treinta y tres maravedis y un quinto; por lo que hay para legítimas ciento dos mil ochocientos noventa y nueve reales con treinta y dos maravedis y dos quintos, y agregados los diez mil ciento veinticinco reales con treinta maravedis separados, ciento trece mil y veinticinco reales con ventiocho maravedis y dos quintos. De ellos tocan á cada uno de los quatro hijos que dexó Don Jorge, veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis, y tres quin-

tos por su legítima paterna; y á cada uno de los dos de su primer matrimonio descontándole cinco mil y sesenta y dos reales con treinta y dos maravedis, mitad de los diez mil ciento veinticinco y treinta maravedis que su padre anticipó á entrambos, y se les aplicarán en vació; corresponden veintitres mil ciento noventa y tres con diez y siete maravedis y tres quintos. En quanto al quinto, baxando de su total dos mil trescientos noventa y tres reales con veintiseis maravedis, importe de los gastos del funeral, misas y legados que hizo D. Jorge, quedan treinta y seis mil ciento noventa y tres con veintiquatro maravedis y dos quintos que se aplicarán en usufructo á Doña Juana Velázquez, como se ha dicho en la última suposicion.

Resúmen y liquidacion de lo que toca á cada uno de los interesados en esta segunda division por todos sus derechos.

67 *Haber de Doña Juana Velázquez.* Doña Juana Velázquez debe haber por su dote veinte mil reales. . . . . 20∂.

Mas, por su mitad de gananciales ciento quatro mil quinientos y cincuenta. . . . . 104∂550.

Mas, por el lecho quotidiano novecientos reales. . . . . ∂900.

Mas por el luto ordinario seiscientos reales. . . . . ∂600.

Mas, por las arras que le ofreció su marido, once mil y doce reales con veinte maravedis. . . . . 11∂012.20.

Mas, en usufructo durante su vida por el remanente del quinto que su marido le legó, treinta y seis mil ciento noventa y tres reales con veintiquatro maravedis y dos quintos. . . . . 36∂193.24.$\frac{3}{5}$

Total haber de Doña Juana. . . . . 173∂256.10.$\frac{7}{5}$

Haber de Don Josef Sarmiento. Don Josef Sarmiento debe haber por su legitima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos de otro. . . 28∂256. 15.

Haber de Don Juan Sarmiento. Don Juan Sarmiento debe haber por su legitima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos de otro. . . . . 28∂256. 15.

Haber de Don Isidro Sarmiento. Don Isidro Sarmiento debe haber por su legitima paterna veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos. . . . . 28∂256. 15.$\frac{3}{5}$

Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinticioco mil setecientos veintiquatro reales con treinta y tres maravedis y tres quintos. . . . . 25∂724. 33.$\frac{3}{5}$

Total haber de Don Isidro. . . . . 53∂981. 15.$\frac{1}{2}$

Haber de Doña Ignacia Sarmiento. Doña Ignacia Sarmiento debe haber por su legitima veintiocho mil doscientos cincuenta y seis reales con quince maravedis y tres quintos. . . . . 28∂256. 15.$\frac{3}{5}$

Mas, por la mitad de su mejora del tercio veinticinco mil

28ʊ256. 15. $\frac{1}{5}$

setecientos veintiquatro reales con treinta y tres maravedís y tres quintos. . . . . 25ʊ724. 33. $\frac{3}{5}$

Total haber de Doña Ignacia. . . . . 53ʊ981. 15. $\frac{1}{2}$

68 *Comprobacion de esta cuenta.* Por el haber de Doña Juana Veláquez. . . . . 173ʊ256. 10. $\frac{1}{5}$

Por el de Don Josef Sarmiento. . . . . 28ʊ256. 15. $\frac{3}{5}$

Por el de Don Juan Sarmiento. . . . . 28ʊ256. 15. $\frac{3}{5}$

Por el de Don Isidro Sarmiento. . . . . 53ʊ981. 15. $\frac{1}{2}$

Por el de Doña Ignacia Sarmiento. . . . . 53ʊ981. 15. $\frac{1}{2}$

Por las deudas contra el caudal. . . . . 30ʊ.

Por lo que importan las deducciones del quinto. 2ʊ393. 26

Total caudal del segundo matrimonio. . . . . 370ʊ125. 30.

Importan el inventario los mismos. . . . . 370ʊ125. 30.

Igual. . . . . ʊ.

69 Este resumen y liquidacion manifiesta que el haber de Doña Juana Velázquez por todos sus derechos asciende á ciento setenta y tres mil doscientos cincuenta y seis reales con diez maravedís y dos quintos de otro: el de Don Josef Sarmiento por su legítima á veintiocho mil doscientos cincuenta y seis con quince maravedís y tres quintos: el de Don Juan á otra igual cantidad: el de Don Isidro por su legítima y mitad de mejora á cincuenta y tres mil novecientos ochenta y un reales con quince maravedís y un quinto; y el de Doña Ignacia por iguales derechos á la misma cantidad: de suerte que agregando á estos haberes los treinta mil reales de las deudas contra el caudal, y los dos mil trescientos noventa y tres con veintiseis maravedís que se baxáron del quinto, componen todas las partidas los trescientos setenta mil ciento veinticinco reales con treinta maravedís inventariados, por lo que procederé á hacer las adjudicaciones á los interesados.

70 Por el modo y órden que observé en el primer exemplar, podrá el partidor formar sus respectivas adjudicaciones á los interesados, aplicando en vacío ó entrada por salida lo que hubiesen tomado á cuenta, y poniéndolo por primera partida, como que debe preceder á todas, por ser anterior; y si los hijos del primer matrimonio no estuviesen pagados de su haber paterno ó materno, se les formará hijuela que comprehenda ámbas legítimas, pues en este exemplar, por estarlo ya, no se las formé. Despues de hechas las adjudicaciones á los interesados y la hijuela para el pago de las deudas que haya, en caso de formarse por no haberse pagado ántes de la particion, hará las declaraciones convenientes, segun ocurra, para lo que no le puedo dar regla fixa, por ignorar lo que puede ocurrir que declarar.

71 *Hijuela para el pago de las deudas que tenia contra sí Don Jorge Sarmiento quando falleció.* Doña Juana Velázquez viuda de Don Jorge Sarmiento debe haber como pagadora que se la constituye de las deudas que éste tenia contra sí quando murió, las partidas que se expresarán por menor en la forma y por las razones siguientes.

72 *Haber.* Ha de haber diez mil reales que su difunto marido estaba debiendo á Santiago Delgado por escritura que otorgó á su favor tal dia, mes y año y ante tal Escribano. . . . . 10ʊ.

Mas, seis mil reales que de veinte mil, importe de la obra que en su casa de tal calle hizo Francisco Sanchez Alarife, le quedó debiendo, segun consta de la cuenta ajustada y recibos puestos á su continuacion de lo que le habia satisfecho. . . . . 6ʊ.

Mas, quatro mil que tambien debia á Lorenzo López segun vale de tantos de tal mes y año. . . . . 4ʊ.

Mas, novecientos reales que liquidadas cuentas con varios carreteros que traxéron materiales para dicha obra, resultó deberles. ʊ900.

Mas, trescientos reales que debia á María de tal su criada por el salario de tanto tiempo á tanto cada mes. . . . . ʊ300.

Mas, cinco mil reales, resto de una escritura de fianzas de diez mil que otorgó á favor de Don Juan Rodriguez por Roque Alvárez su deudor quien falleció sin dexar bienes con que pagárselos. . . . . 5ʊ.

Y últimamente ha de haber tres mil y ochocientos reales que debia por alcance de la administracion de los bienes del tal concurso, como resulta de la cuenta y su aprobacion judicial. . . ʊ800.

Total haber . . . . . 30ʊ.

73 Las partidas que debe haber Doña Juana Velázquez como pagadora de las deudas de su marido, importan los treinta mil reales que se han deducido del cuerpo del caudal, para cuyo pago se le aplican los bienes siguientes.

74 *Pago.* Se dan en pago y adjudican á dicha Doña Juana Velázquez veintitres mil reales que despues de pagados el funeral y misas de su marido, legados que hizo, y otros gastos, sobraron de los veintiseis mil que habia en dinero efectivo, quando falleció, y se pusiéron por cuerpo del caudal. . . . . 23ʊ.

Mas, quatro mil reales en tales alhajas de plata por su peso sin hechuras segun se pusiéron por cuerpo del caudal. . . . . 4ʊ.

Mas, tres mil reales que está debiendo F. por tal razon, y debe entregar tal dia. . . . . 3ʊ.

Total de bienes aplicados. . . . . 30ʊ.

Total haber. . . . . 30ʊ.

Queda pagada enteramente . . . . . ʊ.

75 Las partidas aplicadas á Doña Juana Velázquez ascienden á treinta mil reales, y los débitos que debe satisfacer con ellas, importan la misma cantidad, con que queda pagada enteramente; á cuya consecuencia se obliga á recoger de los acreedores las escrituras, vales, cuentas y papeles justificativos de sus créditos con los resguardos que deberán darle de habérselos pagado, y á entregarlos todos á los hijos de su marido para el suyo, y que nunca sean molestados por el todo ni parte de su importe; como tambien si para cobrar los tres mil reales del crédito que se le ha adjudicado, hiciere algunos gastos judiciales por morosidad del deudor, le deberán abonar los hijos de su marido la mitad de ellos á prorata, quedando de su cuenta la otra mitad, como que lleva la de los gananciales enteramente.

76 Con arreglo á esta hijuela de deudas podrá hacer el partidor las que le ocurran de mayor ó menor suma; y si los interesados quieren, podrá incluir asimismo en ella no solo las que el testador tenia quando falleció, sino tambien las que ocurran despues de su muerte con motivo de su entierro, gastos de inventario y otros, aplicando al pagador de todo, como que ha de ser efectivo su desembolso, dinero ó bienes en que no tenga ninguna pérdida. Además, aunque nada esté satisfecho, se puede evitar el formarla separada; pues en aplicando al constituido pagador en su misma adjudicacion el importe de ellas en los bienes referidos, y expresando con la correspondiente distincion los acreedores, como se ha hecho, nada se varía la substancia y surte el mismo efecto. Las particiones entre hijos de tres ó mas matrimonios deben evacuarse por el propio órden y metodo que ésta, añadiendo las precisas suposiciones, y haciendo separadamente las liquidaciones y aplicaciones, segun ocurran los casos, por lo que omito poner mas exemplares, mayormente quando bastante luz tiene el partidor con los dos propuestos y sus advertencias para gobernarse y no errar.

77 En la particion no es necesaria la presencia del Juez en tres casos. El primero es, quando el testador la dexa hecha, como puede hacerla (*a*). El segundo es, quando aunque alguno de sus hijos ó todos sean menores, nombra en su última disposicion tutor que no sea interesado en la herencia, ó diputa otras personas de su confianza que la hagan, confiriéndoles ámplia y especial facultad para ello, y para inventariar los bienes, nombrar tasadores, y evacuar su testamentaría sin acudir á la Justicia para otra cosa mas que para la aprobacion de la particion ó para nada; en cuyo caso podrán tambien practicarlo todo sin concurrencia del Juez, y no deberán pagarle mas derechos que los del auto de aprobacion, si el testador manda que la apruebe, y no en otra forma, con arreglo al Real arancel, y no como si hubiera concurrido á todo, segun algunos lo pretenden; y al Escribano no mas que los de dicho auto, los de protocolizar el inventario y particion, y los de los testimonios de las adjudicaciones, cuya práctica segun Colon (*b*) se observa en el reyno de Valencia con aprobacion de su Real Audiencia que ha despreciado los recursos introducidos en contrario como dictados por la codicia. Lo mismo sé que se practica en el distrito de la Real Chancillería de Granada á consecuencia de Real órden que se le comunicó, en cuya virtud se libran á este efecto las provisiones que se piden, y aun se quita el conocimiento á las Justicias, soliendo multarlas si no obedecen, como tambien á los Escribanos si no quieren poner las facultades en

(*a*) Ley 6 tit. 15 P. 6. (*b*) Instruccion jurídica tom. 2 lib. 3 cap. 3 n. 7.

los testamentos. Ademas, si el testador tiene facultad para dividir su hacienda entre sus herederos legítimos y extraños, y para señalar á sus hijos su legítima (*a*), sin que sea necesaria la intervencion ni aprobacion judicial: si varias leyes recopiladas (*b*) le permiten dar poder á las personas que quiera, para ordenar su testamento, nombrar tutores y evacuar todo lo que dexe de practicar por sí propio; ¿por qué no ha de poder conferírsele tambien para que sin dicha intervencion ni aprobacion haga el inventario, tasacion y particion extrajudicial de sus bienes; y por qué ha de entremeterse el Juez de propia autoridad á conocer en este caso de su testamentaria, y privar á los diputados por el testador del uso de su comision? No obsta decir que por la falta del Juez puede ocasionarse perjuicio á los menores: en primer lugar, porque les queda salvo su derecho hasta los 29 años de su edad para reclamar y hacer que se reforme la particion; y en segundo lugar, porque el Juez no suele hacerla, sino los partidores que las partes ó quien las representa, eligen, y en conformándose estas la aprueba, esté bien ó mal hecha; y su autoridad, por mas veces que la interponga, siempre es y se entiende *quanto ha lugar en derecho*, de suerte que si segun éste se halla mal formada, de nada sirve su interposicion, porque no deshace los agravios, ni puede impedir á los agraviados el uso del suyo hasta la referida edad; y así vemos todos los dias pleytos de agravios hechos en particiones judiciales. En comprobacion de lo dicho no debo pasar en silencio que habiendo acudido al Consejo Don Joseph Angel Villaroel y la Quadra, y otros vecinos de Talavera de la Reyna refiriendo los perjuicios que sufrian los interesados en las herencias, por excusarse los Escribanos á autorizar los testamentos con nombramientos de tutores, curadores, partidores, y personas que practicasen extrajudicialmente los inventarios y particiones de bienes de difunto entre los herederos menores; y solicitando se les mandara que los autorizasen, y que los nombrados por los testadores lo evacuasen todo extrajudicialmente: con anuencia del Señor Fiscal á quien se comunicó tan justa pretension, se libró Real provision en 15 de julio de 1779 por la escribanía de Don Francisco Lopez Navamuel, defiriendo á ella, y mandando al Alcalde mayor de Talavera compeliese á ello á los Escribanos: que esto se executase tambien con otros qualesquiera vecinos de la propia villa y su territorio que dispusiesen en lo sucesivo inventariar y partir extrajudicialmente sus bienes, con tal que despues de acabados el inventario y particion se protocalizasen ante uno de los Escribanos del Numero que eligiesen las partes, para que no se extraviasen; y que á este fin se pusiese copia de la provision en todas las escribanías numerarias de la citada villa. Pero es de advertir al Escribano en primer lugar: que todo ha de extenderse en el papel sellado correspondiente, como si fuera particion judicial, y que no estando extendido en él no debe admitirlo ni protocolizarlo: en segundo lugar, que en el exórdio ó principio de la particion han de entrar hablando como otorgantes los comisionados, especificando la comision que tienen con individualidad; lo qual ha de executarse tambien en el inventario extrajudicial: en tercer lugar, que estos comisionados no tienen que obligarse ni renunciar leyes, porque nada practican por su hecho propio, y sí únicamente declarar haberla formalizado fiel y legalmente segun su inteligencia sin agravio de los interesados en la herencia, á los que han de obligar á eviccion de lo que

(*a*) Cap. 1 de este lib. n. 3. (*b*) Las del tit. 4 lib. 5 de que se habló extensamente en la I. Part. cap. 5 nn. 207 y sig.

salga fallido, ô se quite en juicio á algun partícipe, como en la declaracion segunda del primer exemplar queda advertido; y en quarto lugar, que no debe llevar mas derechos que los de protocolizacion, y testimonios que de segun Real arancel y el tiempo que se ocupe en ello, puesto que no trabaja en otra cosa alguna. Y el caso tercero en que no se necesita la presencia del Juez, es quando todos los herederos que son mayores de 25 años, hacen por sí propios el inventsrio y particion por escritura, ó del modo que les parezca y se convengan. A vista de todo me parece se debe introducir en todos los reynos de Castilla y en los de Indias, donde son mucho mas crecidos los dereches judiciales; y de consiguiente los perjuicios, dicha práctica como tan útil, justa y ventajosa á los herederos.

Particion extrajudicial hecha por los mismos herederos, y reducida á instrumento público.

78 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano de su Número y testigos Francisco, Diego y Juan Fernández, vecinos de ella, hijos de legítimo matrimonio de Pedro Fernández difunto, y mayores de veinticinco años, dixéron: Que en tantos de tal mes del presente falleció en esta villa el expresado su padre baxo del testamento que habia otorgado en tal dia de tal mes y año ante F. Escribano del propio Número, en el qual los instituyó por sus universales herederos como únicos hijos suyos y de Andrea Pérez su difunta muger: que por su muerte aceptáron su herencia con beneficio de inventario que hiciéron solemnemente dentro del término, y con la pureza y escrupulosidad legal en presencia de F. Escribano Real, á consecuencia de auto proveido ante mí á su instancia en tantos de tal mes por el Señor Don F. Corregidor de esta villa, de todos los bienes y créditos que se encontráron pertenecerle, los quales se valuáron por los peritos que unánimes eligiéron; y en fin que habiéndose concluido el inventario se pagaron las deudas que llegaron á su noticia tenia contra sí el referido su padre. Y considerando que de nombrar partidores judiciales para dividirlos se les ocasionarian crecidos gastos, deliberáron hacer por sí mismos la particion de ellos, y para que nunca se dudase de su verdad, reducirla á instrumento público, como con efecto lo han hecho segun su convenio, y me la entregan firmada por todos, para que se una á esta escritura é inserte en sus traslados lo correspondiente con la adjudicacion hecha á cada interesado. Su literal tenor es el siguiente.

Aquí se insertan las suposiciones y lo correspondiente á cada uno por su haber, quando se le da su cópia, y luego prosigue la escritura.

Y para que la mencionada particion extrajudicial tenga la validacion que desean los interesados en ella, en la forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete y de su libre voluntad: otorgan que aprueban, ratifican y dan por hecha perfectamente la expresada particion con sus suposiciones (*si las tuviere*) cuerpo del caudal, deducciones, adjudicaciones, declaraciones, y todo lo demas que contiene, dándose por entregados mutuamente á su satisfaccion de los bienes aplicados á cada uno, y de los titulos de pertenencia de los raices que le tocáron; (*si no los hubiere, se omitirá esta expresion*) y por no parecer de presente su entrega, mediante haber sido cierta y efectiva, como lo confiesan, renuncian la excepcion que podian oponer de no habérseles hecho, la ley nona del título primero Partida quinta que trata de ella, y los

dos años que prefine para la prueba de su recibo, dándolos por pasados como si realmente lo estuvieran, y formalizando á su favor el recibo ó resguardo mas eficaz que conduzca á su seguridad: á cuya consecuencia se desapoderan y apartan por sí, y sus herederos y sucesores del dominio, posesion y otro qualquier derecho que les corresponda indistintamente á los referidos bienes y cada cosa de la herencia, cediéndolo y traspasándolo todo entera y recíprocamente sin la menor reserva, puesto que con los que se le han aplicado, se hallan satisfechos y reintegrados de su total haber paterno. Asimismo se confieren el mas ámplio é irrevocable poder que necesiten, con facultad de substituirle, para que cada uno tome la posesion de los que se le adjudicaron, y los enagene y disponga de ellos á su arbitrio como de cosa suya adquirida con justo título, quales lo son la adjudicacion que se le formó y este instrumento, del que quieren se dé á cada uno copia autorizada con insercion de su hijuela, suposiciones, declaraciones y demas que corresponda, á fin de que le sirva de título legítimo de pertenencia de su haber, con la qual sin otro acto de aprehension ha de ser visto haberse transferido á todos y á cada uno la posesion y dominio de quanto se les adjudicó. Ademas, declaran que en la valuacion de los bienes inventariados, y en la liquidacion, deducciones, quota y calidad de los aplicados á todos tres no ha habido lesion, engaño, ni el mas leve perjuicio, por haberse practicado con rectitud y pureza, observando en su distribucion y repartimiento la proporcion correspondiente al haber de cada uno en todas sus clases sin causarles agravio; y en caso que se haya hecho, ya consista en error material de cálculo, ya en el modo y forma de liquidar, deducir, aplicar ó distribuir, ya en otra cosa que por olvido ó ignorancia no se haya tenido presente, se remiten la cantidad á que ascienda, sea mucha ó poca, haciéndose donacion pura, perfecta é irrevocable de ella, y renunciando á mayor abundamiento la ley primera, título once, libro quinto de la Recopilacion que trata de lo que se vende y permuta, y de otros contratos en que hay lesion en mas ó ménos de la mitad de lo justo, y los quatro años que prescribe para pedir la recision de dichos contratos ó el suplemento al legítimo y verdadero valor de las cosas de que se habla en ellos. Tambien se obligan á que si en algun tiempo se descubrieren otros bienes y créditos pertenecientes á la testamentaria del mencionado su padre, los dividirán entre sí por la misma proporcion que los inventariados sin diferencia, y con la misma prorratearán y pagarán las deudas que aparecieren contra su caudal, habiendo de poder ser compelidos á todo esto por todo rigor de derecho y via executiva, como igualmente á la solucion de las costas, daños y perjuicios que el que se apoderare de los bienes que se descubran, ocasionare á los coherederos con resistirse á su manifestacion para dividirlos entre todos, ó diferirla maliciosamente, ó que causáre alguno de los otorgantes, por ser moroso en pagar puntualmente la porcion que le toque de las dendas que aparecieren contra el caudal, deferido el importe de todo en su relacion jurada, ó de quien los represente, sin otra prueba ni averiguacion. Igualmente en cumplimiento de lo ordenado por la ley nona título décimoquinto de la Partida sexta se obligan á la eviccion y saneamiento de los bienes aplicados á cada uno, y á que si alguno de los raices ó redituables saliéren fallidos, por pertenecer á tercero, ó estuvieren hipotecados y afectos á gravámen ó responsabilidad que por ignorarse ó por otra causa legal, aunque aquí no se especifique, no se deduxo, le reintegrarán de lo que les quepa y deban resarcirle; y si se le moviere pleyto sobre ellos ó qualquiera finca, por poco que valga, saldrán á su

defensa, requiriéndoles conforme á derecho, y haciéndoselo saber en el término que este prefine, no de otra suerte; y le seguirán á sus expensas en todas instancias hasta executoriarle, y dexarle en su quieta y pacífica posesion, sin que tenga que lastar ni desembolsar de su caudal la mas leve cantidad: por manera que si requeridos y citados de eviccion en los términos propuestos, no le siguieren, le ha de continuar el demandado sin necesidad de interpelarlos mas en ningun estado del pleyto, pues la primera citacion ha de ser perentoria para todos los trámites del juicio en qualquiera instancia; y en este caso si obtuviese sentencia favorable, le bonificarán y pagarán todas las costas y daños que se exprese haber expendido y originádosele, sígale por sí, ó válgase de otro á quien satisfaga el trabajo de su solicitud; y si fuere condenado y despojado de la finca ó fincas litigiosas, le han de abonar enteramente los referidos gastos y perjuicios, el valor en que se le adjudicáron las fincas desmembradas y los frutos que en virtud de la sentencia haya restituido, baxo de la propia pena de execucion y costas, girándose la cuenta entre todos tres, pues si los bienes se hallaran pro indiviso, saldria todo de la masa comun, y tanto ménos percibirá cada uno; sin que para exîmirse de su abono les sufrague el quererle imputar á culpa ó negligencia suya la pérdida del pleyto, porque sobre ello no han de ser oidos en juicio, excepto que le abandone sin hacer defensa alguna, ó no apele de la decision condenatoria en tiempo y forma, ó que le comprometa sin expreso consentimiento por escrito de los coherederos, ú ocurra alguna de las otras causas, por las que segun derecho no hay obligacion á la eviccion y saneamiento, de que tratan las leyes treinta y seis y treinta y siete del título quinto Partida quinta, en cuyos casos y no en otro, sea el que fuere, no han de estar obligados á ella. A mas, se obligan á no reclamar esta escritura ni en todo ni en parte, y para su mas exâcta y puntual observancia se imponen recíprocamente la pena de tantos reales, (*si así fuese*) que ha de exîgirse al infractor tantas quantas veces contraviniere y se retractare de cumplir lo pactado, queriendo que ya la pague, ya se le remita, se lleve no obstante á debido efecto esta escritura en todas sus partes sin alteracion, interpretacion, ni tergiversacion, y que se suplan todos los defectos substanciales de solemnidad y demas que contenga. Por tanto, á su cumplimiento obligan finalmente sus personas, y bienes muebles raices, derechos presentes y futuros, &c. *En seguida las cláusulas generales.*

79 Esta escritura se puede presentar al Juez de la testamentaría para que la apruebe, aunque no es necesaria su aprobacion, por ser mayores de 25 años los herederos y poder obligarse como quieran; pero si todos ó alguno de ellos fueren menores, se ha de impetrar licencia del Juez para otorgarla, con intervencion de su curador de bienes ó de pleyto que debe concurir al otorgamiento, y de que le ha de proveer no teniendo edad para nombrarle; pues si la tiene, ha de obligarle á hacerle que le nombre, ó no queriendo hacerlo, nombrársele de oficio por su contumacia. Ademas, ha de preceder informacion de si es ó no útil al menor, y despues de otorgada con las cláusulas y renuncias correspondientes á los contratos de menores y explicadas en los capitulos 18 y 28 de la I. P. se le presentará para su oprobacion, lo qual ha de practicarse tambien siendo algun heredero loco ó fatuo. En la escritura se han de relacionar y unir á su protocolo los outos originales que precedieren, insertándose tambien el de su aprobacion con el pedimento en que se pretenda, en cada una de las hijuelas, excepto que el testador dexe hecha la particion sin perjuicio de las legítimas de sus herederos, ó que dipute personas de su confianza para ha-

cerla sin intervencion de Juez en la forma expresada n. 78.

80 Si hubiere habido pleyto sobre los derechos de alguno de los interesados y ántes de concluirse se transigieren acerca de ellos, se hará relacion de él y del convenio, poniéndose las cláusulas relativas á la estabilidad de las transacciones, de que se trata en la I. P. cap. 131 n. 21. Si no hay bienes rayces ni otros productivos, ó aunque los haya, si los interesados mayores estipulan que no han de quedar obligados al saneamiento de los que les salgan fallidos ó se les quiten en juicio, sino que ántes bien han de ser de cuenta y riesgo del despojado su pérdida y menescabo, sin poder repetir por su importe contra los coherederos; se expresará así omitiendo la cláusula que trata de él. Y si una finca raiz ó redituable se divide entre dos ó mas, como que en este caso cada uno debe tener título de la parte que le cupo en ella, se expresará en la escritura; pues á todos se han de entregar copias testimoniadas de dicho título, en las que y en este se pondrán las notas competentes que contengan substancialmente una misma cosa, quedándose el título original en poder del que lleve la mayor parte, ó sea mayor en edad, ó mas honrado, el qual se ha de obligar á manifestársele y permitirles saquen á su costa copias de él con inclusion de la nota que se les ponga, siempre que se les pierdan ó rompan las que se les entreguen, como lo mandan las leyes 7 y 8 tit. 15 P. 6.

Escritura de particion.

81 En tal villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano de su Número y testigos Pedro y Antonio López vecinos de tal villa y hermanos enteros de Francisco López difunto que lo fué de esta, y Lorenzo Fernández de la propia vecindad sobrino de este y de aquellos, é hijo legítimo y único de Juan Fernández y de María López su muger, tambien difunto, y esta hermana igualmente entera de los tres, y todos los otorgantes mayores de veinticinco años, dixéron: que el expresado Francisco López hallándose viudo falleció en tal dia de tal mes y año sin haber hecho disposicion testamentaria ni dexado posteridad legítima, con cuyo motivo el Señor Don F. Corregidor de esta villa previno su abintestato, hizo recoger y custodiar sus bienes con toda formalidad, mandó llamar por edictos que se fixáron en ella y en la de los otorgantes, á todos los que pretendiesen tener derecho á ellos por razon de parentesco, y citar á estos por medio de su despacho emplazatorio, como se les citó en persona; á cuya consecuencia acudiéron á su juzgado por mi oficio, en donde pende el abintestato, á legitimar su inmediato parentesco con el difunto, y solicitáron los declarase por sus únicos y legítimos herederos como hermanos y sobr nos enteros suyos, por no haber otros parientes en igual grado de consanguinidad, presentando á este fin los documentos justificativos que lo acreditaban, y aceptando su herencia con beneficio de inventario; y en vista de los documentos é informacion que produxéron, de que en el término prefinido en los edictos no compareció nadie mas pretendiendo derecho á su herencia, y de ser pasado el legal y mucho mas, defirió á su solicitud ante mí en tal dia declarándolos por únicos herederos abintestato con igualdad del mencionado Francisco López como tales hermanos y sobrino carnales suyos, habiendo por admitida su herencia con dicho beneficio, mandando se les entregasen sus bienes baxo la obligacion de satisfacer su funeral y de hacer con la mayor prontitud por su alma los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, de que inmediatamente deberian darle cuenta con justificacion; y dando por libre á F.

depositario de ellos, hecha su entrega del depósito que habia constituido y de la responsabilidad á que estaba obligado; y en virtud de esta declaracion y entrega hicieron inventario solemne y formal con la correspondiente exâctitud de quantos bienes y créditos en pro y en contra se halláron, los que por evitar dilaciones y mayores gastos, resolviéron dividir amigablemente por este instrumento: en cuya atencion para que tenga efecto su convenio, en la forma que mas haya lugar en derecho: otorgan que dividen entre sí todos los bienes y efectos inventariados por fallecimiento del expresado Francisco López, con arreglo á lo que por derecho y por la declaracion del auto referido les corresponden, en los términos y con las suposiciones siguientes. (*Aquí se pondrán las suposiciones, cuerpo del caudal, deducciones, liquidaciones y adjudicaciones por el órden y método que en los dos exemplares de particiones judiciales, y concluido todo proseguirá lo dispositivo de la escritura.*)

Y mediante haber exâminado muy por extenso los otorgantes ántes de ahora esta escritura, y visto que la particion que incluye, está conforme á su convenio, y á los derechos que les competen, sin contener el menor agravio en la quota ni calidad de bienes distribuidos, ni tampoco error de cálculo ni otro; la aprueban, dan por hecha bien y fielmente, y con la legalidad que se requiere, y de los aplicados á cada uno de los tres se dan por satisfechos y entregados reciprocamente á su voluntad; y aunque su entrega ha sido real y verdadera, como lo confiesan, por no parecer de presente, renuncian la excepcion, &c. (*Proseguirá como la anterior.*)

82 Aunque esta escritura es diferente en su introduccion de la que precede, no se distingue en lo substancial para su firmeza, y así proseguirá como aquella haciendo las declaraciones y obligaciones que correspondan, y pacten los interesados, y quitando, mudando, ó añadiendo lo conveniente y preciso, segun lo que ocurra. Si el depositario de los bienes los tiene en su poder por convenio de los interesados hasta que se evacua la particion, han de otorgar estos en ella carta de pago á favor suyo, dándole por libre de su responsabilidad y depósito.

83 El papel que corresponde á estas escrituras, es el del sello quarto mayor para el protocolo, y para las copias ó testimonios de las adjudicaciones el del sello tercero, porque la ley no distingue entre las hechas por partidores ó por escritura; y mediante hablar indistintamente y surtir el propio efecto, háganse de un modo ó de otro, deben llevar el mismo papel las copias, y en el intermedio comun.

PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

PRELIMINARES.

1 Habiendo de tratar de los juicios contenciosos será muy útil y oportuno que hablemos con anticipacion de las personas que intervienen en ellos, y en primer lugar.

De los Jueces, Ministros, ó Magistrados.

2 Las funciones de estos empleados públicos son augustas y santas, y exígen en los que han de desempeñarlas las mas eminentes qualidades. Si como ciudadanos deben proponerse ante todo el bien de la sociedad, por su cargo y estado contraen una nueva obligacion aun mas estrecha, de suerte que todos sus intereses y pasiones han de sacrificarse en obsequio del Rey y de la patria. No hay necesidad de expresar aquí todos los requisitos y deberes de los Jueces, ya porque algunos son bien sabidos de todos, ya porque muchos se mencionan oportunamente en el discurso de esta obra, y ya porque se hallan reunidos en la última Instruccion de Corregidores; pero no obstante se referirán varios.

3 Los Jueces, cuya edad no debe ser menor de 26 años, al mismo tiempo que graves y circunspectos, han de ser afables y accesibles á todos los dependientes y súbditos, de suerte que oigan bien á todos, no desprecien á nadie, sufran las molestias con mansedumbre, y ni aun se muestren ayrados contra los malos: dispensando especialmente su justicia á los pobres, viudas, pupilos y demas personas miserables, dignas por cierto de una proteccion particular por su situacion lastimosa. Tambien deben acomodarse al genio, carácter ó índole de los súbditos y á las costumbres del pais no siendo contrarias á las leyes, por cuyo medio se consigue mucho mejor la execucion de éstas, así como por el contrario se frustran las sábias y prudentes providencias de los legisladores.

4 Ni los Asistentes, Gobernadores, ni Corregidores, ni sus oficiales, ni familiares han de ser Abogados, Procuradores, ni Agentes de los pleytos ó causas que se ventilen dentro del término de su jurisdiccion; ni aun han de ayudar á persona de fuera de ésta, aunque se trate del negocio en otra ante otros Jueces seculares ó eclesiásticos; sí bien los referidos Jueces podrán hacerlo sin interes alguno por su jurisdiccion ó por el bien público (*a*). Tampoco pueden ser árbitros ni arbitradores en las causas que pendan ante ellos, ni en aquellas de que podrian conocer (*b*).

5 Ningun Juez, como es claro, puede serlo, en causa propia, ó en otra en que tenga algun interes, como si hubiese sido en ella Abogado ó Consejero (*c*). Asimismo no puede serlo en causa criminal contra su padre, hijo, ó persona que viva en su compañía, y solo debe hacerlo presente al Soberano (*ó tribunal superior*) para que nombre quien conozca de ella y la determine. Lo propio ha de decirse de las causas civiles siendo el Juez ordinario, pues si fuese nombrado por el Rey para sentenciar algun pleyto, podrá hacerlo en los términos que se le hubiese encargado, aunque fuese contra su hijo o padre (*d*). Además no puede nadie ser Juez en causa de muger de su jurisdiccion á quien hubiere querido violentar, ó con quien hubiese querido casarse con repugnancia de ella, ni de persona que viviese en su compañía, y los agraviados deberán recurrir á otro Juez que haya en el pueblo, ó no habiéndole, al tribunal superior (*e*). Finalmente, no puede ser Juez en causa llevada por el recurso de Mil y Quinientas al Consejo el Ministro de éste que conoció ántes de aquella en alguna Chancillería ó Audiencia (*f*).

6 No pueden ser oficiales ó dependientes de justicia los parientes dentro del quarto grado, ni el yerno, ni cuñado de un Juez, pues aunque la ley que lo prohibe (*g*) habla solo de los Corregidores, milita la misma razon en todos los Jueces.

7 Se halla prohibido á los Jueces y sus oficiales durante su oficio comprar por sí ni por otro heredad alguna, y edificar casa sin especial licencia ó mandato del Soberano en el territorio de su jurisdiccion, como tambien tener en él algun comercio y ganados en sus valdíos.

(*a*) Ley 3 tit. 6 lib. 3 de la Recop. ó 11 tit. 11 lib. 7 N. R. (*b*) Ley 9 tit. 6 lib. 3 R. ó 4 tit. 35 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 10 tit. 4 P. 3. (*d*) Ley 9 tit. y Partid. cit. (*e*) Ley 6 tit. 7 Partid. 3. (*f*) Bolaños cita el auto 174 fol. 33 fecho en Madrid á 13 de Febrero de 1514. (*g*) Es la 4 tit. 6 lib. 3 R. ó 14 tit. 11 lib. 7 N. R.

Así lo disponen las leyes del reyno (*a*), con las quales se conforma la última Instruccion de Corregidores (*b*) hablando de estos. Tambien se halla prohibido á todos los empleados en la administracion de justicia el arrendar sus oficios baxo la pena de perderlos por el mismo hecho y de ser punidos quienes los tomasen en arriendo, y usasen de ellos con las penas prescriptas contra los que usan de oficios que no les corresponden (*c*).

8 Los Jueces y tribunales con especialidad los supremos pueden ó deben representar, consultar ó replicar incontinenti modestamente, siempre que haya algunas razones graves y poderosas para proponer la revocacion ó modificacion de las órdenes que expida el Soberano, suspendiendo por algun breve tiempo su cumplimiento, como si por exemplo fuesen contrarias al derecho divino ó natural, al bien público, ó á las leyes positivas no habiendo cláusula derogatoria de ellas; sí bien no deberá hacerse lo dicho sino despues de una bien meditada deliberacion, de suerte que se eche de ver alguna complicacion de circunstancias que no previó el Príncipe, ó que pueda creerse, no quiere se lleve á efecto su soberana resolucion (*d*).

9 Todos los Jueces, como se ha mandado repetidas veces, deben darse con prontitud y atencion todo el auxîlio y favor de que necesiten recíprocamente, segun lo exige la buena armonía, que es muy debido se tenga entre personas que desempeñan sus cargos en nombre ó baxo la proteccion del Soberano. Semejante auxîlio se ha de pedir con toda urbanidad sin usar de palabras imperativas ó de superioridad á no ser con los súbditos ó subalternos, y ha de prestarse en iguales términos. En el cap. 196 de la Instruccion de primero de Enero de 1751 se dice: „en los actos... en que los Ministros tengan que valerse de las Justicias para impartir su auxîlio, requerirlas, ó amonestarlas; es mi voluntad, que lo executen sin faltar á la atencion y urbanidad regular por medio de oficios políticos, á los quales corresponderán las Justicias en iguales términos, concurriendo con prontitud á los fines de mi servicio sin disgustos ni reparos que le atrasen.„ Aunque estas palabras se refieren solamente á los Ministros de marina,

(*a*) Las 5 tit. 5 P. 5 y 2 tit. 6 lib. 3 R. ó 3 tit. 11 lib. 7 N. R. (*b*) Cap. 11. (*c*) Ley 8 tit. 3 lib. 7 R. ó 4 t 6 lib. 7 N. R. Real provision de 28 de Abril de 1768 ó nota 1 tit. y lib. cit. N. R. (*d*) Pueden verse las leyes 25 tit. 13 Part. 2, 1, 2 y demas del tit. 14 lib. 4 R. (ó t. 4 lib. 3 N. R. y el auto 7 tit. 4 lib. 2 R.) ó ley 14 t. 21 lib. 11 N. R. y la Curia Filipica Juicio Executivo § 2 *Rescripto*.

como tan prudentes y razonables parecen dichas á todos los Jueces ó Magistrados. En las competencias debe procederse del mismo modo, como está igualmente prevenido.

10 Siempre que algun eclesiástico por razon de su dignidad exerza jurisdiccion temporal, sea en primera instancia, sea en grado de apelacion, ha de reputarse respecto á ella como Juez lego, y la debe exercer por medio de Jueces seculares, y Escribanos Reales con apelacion á los tribunales del Rey, y sin echar mano de las censuras (*a*).

11 En España tenemos muchísimas especies de Jueces, y no correspondiendo aquí hablar de todos, lo qual por otra parte sería extendernos demasiado, hablarémos por el órden que mejor nos parezca de los mas necesarios y freqüentes, y en primer lugar

De los Alcaldes ordinarios.

12 En las poblaciones de España tenemos por lo regular unos Alcaldes llamados comunmente *Alcaldes ordinarios* que eligen los Cabildos, como sucede en muchos lugares de Castilla por antiquísima costumbre; pues á falta de ésta y de privilegio corresponde al Soberano la eleccion de los Jueces, segun se halla dispuesto en varias leyes. En muchos pueblos tambien de Castilla parece haber dos Alcaldes, uno con el nombre de *primero* y otro con el nombre de *segundo*, quien suple las ausencias del otro; bien que por lo regular ausente el Alcalde ordinario hace sus veces su Teniente ó el Regidor mas antiguo. En algunos otros pueblos suelen nombrarse un Alcalde *por el estado general*, y otro *por el estado noble*, consistiendo el privilegio de la nobleza solo en que se conserve en ella una vara, pues ámbos Alcaldes conocen á prevencion de las causas de nobles y plebeyos. Además en varias poblaciones hay dos Alcaldes, uno para conocer de lo civil y otro para lo criminal. Finalmente, en las aldeas y lugares pequeños sus Alcaldes solo tienen una jurisdiccion pedanea, y exercen la ordinaria los Jueces de las villas ó cabezas de partido.

13 Fuera de estos Alcaldes ordinarios de realengo los hay tambien de señorío, en cuyos pueblos los nombran los mismos Señores, quienes pueden por sí administrar la justicia, ó bien los ayuntamientos, y estos Alcaldes de señorío deben arreglarse en la administracion de justicia, á lo que todos los demas Jueces y Alcaldes ordinarios de

(*a*) Ley 8 tit. 3 lib. 1 R. ó 10 t. 1 lib. 2 N. R.

realengo: es á saber, á quanto prescriben las leyes del reyno, y sin perjuicio de las avocaciones, apelaciones, y otros qualesquiera recursos á los Magistrados ó tribunales superiores de S. M. ni de sus arregladas providencias.

14 Los Alcaldes ordinarios son añales en Castilla; pero en mi juicio convendria fuesen bienales como en otras partes, ó por mas tiempo, para que exerciesen su oficio despues de haberse instruido y tomado conocimiento de él, lo qual puede aplicarse á los demas empleos de república. Y con solo un año de hueco puede volverse á servir en todos los pueblos el cargo de Alcalde ordinario (*a*).

15 Los Alcaldes ordinarios propiamente tales conocen por lo regular de las causas civiles y criminales hasta la sentencia definitiva de oficio ó á instancia de parte con acuerdo de Asesor (*b*), á diferencia de los llamados vulgarmente *pedáneos*, á causa de depender de los Jueces de las cabezas de partido, y por nuestras leyes *Alcaldes ordinarios de las aldeas* (*c*), quienes en lo civil únicamente conocen hasta la cantidad de 600 maravedis (*d*), y en lo criminal, aunque pueden prender, no soltar ni substanciar las causas (*e*).

De los Corregidores y Alcaldes mayores.

16 Como hay mucha conformidad entre los unos y los otros respecto á sus facultades y deberes, y las leyes y últimas instrucciones hablan indistintamente de ellos, debe tratarse á un tiempo de los referidos Magistrados.

17 Antiguamente se llamáron Alcaldes y Jueces las personas que nombraban los Reyes ó los Ayuntamientos para juzgar los pleytos en las villas ó ciudades. El nombre de *Corregidor* se introduxo en tiempo del Rey Don Alonso el XI., y en la peticion octava de las Cortes de Leon era de 1387, y le usáron despues sus sucesores; pero solamente se nombraban Corregidores para aquellos casos particulares, en que convenia despachar persona encargada de *corregir abusos*, de donde les vino el nombre, y de hacer justicia en lo civil y criminal, hasta que los Señores Reyes Católicos principiáron á enviar Corregidores por Gobernadores y Jueces ordinarios de las villas y

(*a*) Real céd. de 15 de Noviembre de 1767 ó ley 3 tit. 18 lib. 7 N. R. (*b*) Real céd. de 13 de Mayo de 1766. (*c*) Ley 25 tit. 9 lib. 3 R. (*d*) Ley 25 cit. (*e*) Ley 20 tit. 4 lib. 3 R.

ciudades de estos reynos con plenísima jurisdiccion por término de un año que solía prorogarse por dos ó mas.

18 En lo antiguo solo hubo Corregidores de capa y espada, quienes nombraban Letrados para asesorarse con ellos, y despues lo ponian en noticia del Consejo para la aprobacion de sus nombramientos; mas los graves perjuicios que sufria el público por los pactos secretos entre los Corregidores y los Alcaldes mayores acerca de los intereses provenientes de la administracion de justicia, motiváron que en muchos pueblos se estableciesen corregimientos de letras, y que para los demas en que se conserváron los de capa y espada, nombrase S. M. á consulta de la Cámara Alcaldes mayores letrados que fuesen, como lo son en el dia, sus Tenientes y Asesores. De aquí ha provenido la division en corregimientos de letras y en políticos ó de capa y espada que deben darse á sugetos de mérito y experiencia sin la circunstancia de letrados. Tambien hay corregimientos para militares ó unidos á gobiernos militares como los de Almería, Motril, Puerto de Santa María, Campo de Gibraltar, &c. y los tales Gobernadores como Corregidores tienen que cumplir con los deberes que las leyes é instrucciones imponen â los demas (*).

19 Antes estaban unidos los corregimientos é intendencias, desuerte que de lo dispuesto en los 42 capítulos primeros de la Instruccion de Intendentes de 13 de Octubre de 1749 conocian aquellos sin ningun concepto de tales con una absoluta subordinacion á las audiencias (*a*); pero despues (*b*) se separáron los unos de las otras en todo

(*) Es muy antiguo en España el empleo de Capitan á guerra que era el Xefe de los tercios de Milicias distribuidos por las provincias y lugares para su defensa y seguridad. En unos pueblos está unido á los Intendentes, y en otros á los Corregidores ó Alcaldes mayores, y se les expide por la via reservada de guerra el correspondiente título del Rey. Pero las facultades que ántes tenian, se hallan derogadas por varias Reales órdenes que trae Colon, (*Juzg. Milit. tom. 1 pag.* 18 *y sig.*) y solo podrian exercerse en el caso de armarse los mismos vecinos de los pueblos por verse invadidos de enemigos ú otro accidente, no habiendo Comandante militar nombrado á este fin por el Rey, ó Capitan General de la provincia. No obstante á todos los Corregidores, cuyas capitales tuvieron antiguamente dicha preeminencia, se expide actualmente el título de Capitan á guerra por la via reservada de este ministerio, pagando por él la media-anata; y para excusar dudas suscitadas sobre esto, mandó el Señor Don Felipe V. que en la Secretaría de la Cámara no se entregase ningun título de Corregidor sin que ántes se presentase el de Capitan á guerra, ó se justificará haber obtenido el interesado en el exército el grado de Teniente Coronel.

(*a*) Real céd. de 15 de Marzo de 1766 (*b*) Real céd. de 13 de Noviembre de 1766 ó ley 26 tit. 11 lib. 7 N. R.

el reyno, dexando á los Corregidores el conocimiento de los dos ramos de justicia y policía con dependencia de los tribunales superiores del territorio y del Consejo segun los casos, y á los Intendentes los otros dos de Hacienda y Guerra con sujecion en lo contencioso á los tribunales supremos competentes y en lo gubernativo á la Via reservada.

20 Los Corregidores y Alcaldes mayores, del mismo modo que todos los empleados públicos, deben prestar juramento de desempeñar bien su oficio, y asi ellos como sus Tenientes han de dar dentro de los 30 dias que señala la ley, las fianzas ordinarias por sus destinos y todas las comisiones anexas á ellos baxo la pena de suspension de oficio, sino las diesen, aunque los Regidores lo disimulen ó consientan (*a*). En órden al recibimiento de estos Jueces en sus oficios, de que habla la Curia Philípica (*b*), en cada pueblo se observará la costumbre que haya.

21 Además de la jurisdiccion ordinaria que exercen los Corregidores y Alcaldes mayores para determinar las causas civiles y criminales en su territorio, tienen en todo él una especie de inspeccion gubernativa respecto á todo lo económico y político, como puede verse en las varias Instrucciones que se han expedido para ellos, y con especialidad en la última de 15 de Mayo de 1788, de la qual algunos de sus capítulos pertenecen á lo contencioso y son comunes á las demas Justicias. En ella se les encarga que zelen sobre la observancia de varias leyes y providencias: se les encarga por exemplo que cuiden de la paz de los pueblos, que eviten en quanto sea posible los pleytos, procurando que los interesados se compongan amistosamente, que atiendan á que los Escribanos no fomenten pleytos ni causas criminales, y se conduzcan en todo con la legalidad debida: que imbuidos en buenas ideas políticas mejoren los pueblos en sus calles, paseos, posadas y caminos, y promuevan la agricultura, las fábricas y el comercio, portándose mas como padres que como Jueces, y evitando con remedios económicos la ociosidad y mendicidad; y en fin, que procuren el cumplimiento de otras varias leyes de que se hace mencion en los lugares oportunos de esta obra (*).

(*a*) Carta órden del Consejo de 12 de Abril de 1755. (*b*) Juicio civil § 3.

(*) Todo lo dicho en la citada instruccion debe entenderse proporcionalmente con todos los que en qualquier caso puedan estar encargados del gobierno de los pueblos *cap.* 75 *de la instruccion ó ley* 26 *cit.*

22 Los Corregidores y Alcaldes mayores deben informar á los siete Señores del Consejo, entre quienes se halle distribuida la inspeccion de todo el reyno, dividido en siete partidos, de todo lo que pueda contribuir á mejorar las cosas sobre los puntos insinuados, y otros de economía y policía, no pudiendo innovar entretanto, y debiendo tratar solo de un asunto en cada representacion, que ha de dirigirse al respectivo Superintendente con sobre cubierta al Señor Fiscal del Consejo (*a*).

23 Todos los corregimientos de letras y políticos á excepcion de los anexos á gobiernos militares y todas las alcaldías mayores con inclusion de las del territorio de las órdenes que nombra S. M. á consulta del Consejo de ellas, y de las de señorío, se han dividido en tres clases: la primera de entrada, la segunda de asenso, y la tercera de término: en la primera se comprehenden las varas que por salarios y consignaciones fixas, ó productos de poyo ó juzgado no lleguen á 1ᴅ ducados: en la segunda las que no pasen de 2ᴅ, y en la tercera las que produzcan mayor renta. Los Jueces han de pasar gradualmente por estas tres clases, atendiéndose su mérito, y debiendo servir al ménos seis años en una para poder pasar á otra, y no han de dexar las varas hasta la llegada del sucesor (*b*). El Consejo ha de tratar de que se complete donde sea posible, y quando el estado de los propios y arbitrios lo permita la dotacion de las varas de la primera clase ó entrada, para que ninguna baxe de 1ᴅ ducados por dichos salarios, consignaciones y productos (*c*).

24 Todo Corregidor y Alcalde mayor ha de entregar á su sucesor una relacion jurada y firmada con expresion individual de las obras públicas de calzadas, puentes, caminos, empedrados, plantíos, ú otras que hubiesen hecho, comenzado, ó concluido en su tiempo, del estado en que se hallaren las demas que fueren necesarias ó convenientes, y de los medios de promoverlas: del estado de la agricultura, grangería, industria, artes, comercio y aplicacion del vecindario: de las causas del atraso, decadencia, ó perjuicio que padezcan, y de los recursos ó remedios que pueda haber. En caso de retirarse el Juez ántes de la llegada del sucesor entregará la relacion cerrada y sellada á quien quede regentando la jurisdiccion para que haga dicha entrega,

(*a*) Carta circular del Consejo de 26 de Febrero de 1767 conforme con los autos acordados 14 y 48 tit. 4 lib. 2. (*b*) Real céd. de 21 de Abril de 1783, Real órden de 9 de Diciembre del mismo año, y Real resolucion de 27 de Enero de 1784. (*c*) Real céd. cit. y Real céd. de 7 de Noviembre de 1799 cap. 13.

y de uno ú otro tomará el correspondiente recibo que ha de presentar en la Cámara con copia de la relacion, todo el que haya sido promovido á otra vara ántes de dársele el título ó despacho para pasar á servirla. Igual copia ha de pasarse al Consejo, á fin de que haga el uso conveniente de sus noticias (*a*).

25 „Para que estos Magistrados, dice S. M. (*b*), se mantengan con el decoro, honor y estimacion correspondiente, así el Gobernador ó Presidente del Consejo, como todos los tribunales procuren proceder en las quejas que se dieren contra ellos con tanta vigilancia, como circunspeccion para asegurarse bien de ellas, y de si dimanan de resentimientos y venganzas, como suele ser freqüente, por haberse administrado justicia sin condescendencias, especialmente contra los poderosos de los pueblos y sus protegidos: de manera que sin informes muy fundados é imparciales, y sin haberlos oido y consultármelo, y esperando mi Real resolucion, no se proceda por los citados tribunales y Gobernadores ó Presidentes del Consejo á suspender, hacer comparecer ó arrestar á los que estuvieren en actual exercicio de estos empleos, puesto que por otros medios se puede reparar qualquier perjuicio, excepto si fuere de notoria y pública urgencia, pero sin dexar de estar muy á la vista de la conducta que observaren.„

26 Para evitar varios abusos en los nombramientos de Alcaldes mayores de señorío se ha mandado recientemente que no se les dispense sin consultarlo con el Soberano, como ni tampoco á los de realengo, la residencia contínua en sus pueblos que por ley deben tener los Corregidores y Alcaldes mayores: que los ayuntamientos de los pueblos de señorío no admitan dichos nombramientos, ni pongan en posesion de sus empleos á sugetos que además de dar la fianza legal no sean Abogados de los Reales Consejos, Chancillerías, ó Audiencias, para que estén mejor gobernados los súbditos, y se les ahorren los derechos de asesorías: que con arreglo á una ley Recopilada (*c*) tampoco permitan exercer jurisdiccion a los Administradores ó dependientes de los Señores que reciban de estos racion, salario, ó ayuda de costa, pública ni secretamente: que los Señores doten competentemente las varas de Alcaldes mayores, asignándoles al ménos la quota fixa de 500 ducados anuales, fuera de lo que rinda el juzgado, por ahora y hasta que vea el Consejo, si conviene igualarlos en dotacion

(*a*) Real céd. cit. y Real céd. de 7 de Noviembre de 1799 cap. 13. (*b*) Real céd. cit. de 7 de Noviembre cap. 12. (*c*) La 10 tit. 9 lib. 7.

á los de realengo: que siendo una carga bastante pesada en los pueblos el establecimiento de Alcaldes mayores únicamente los haya en el territorio de la jurisdiccion ordinaria que tenga de 300 vecinos arriba, con exclusion de las villas exêntas comprehendidas dentro de aquel, aunque no los haya en sola la poblacion que se tiene por cabeza de partido, siempre que por sus circunstancias y estado exîjan que les administre justicia un Juez letrado como mas imparcial y perito: que quando algun Señor quisiese nombrar Alcalde mayor en pueblos de su jurisdiccion, acuda al Consejo para justificar todo lo necesario á este fin, y las circunstancias que el mismo tribunal estimare precisas; y en fin, que los Señores procuren evitar huecos á sus Alcaldes mayores, atendiéndoles siempre para otras varas de sus estados, y no dando entrada entretanto á nuevos pretendientes (*a*).

27 Sobre los requisitos ó calidades que han de tener los pretendientes de corregimientos y alcaldías mayores, ademas de lo que se dispone en la Real cédula de 21 de Abril de 1783 (*b*), se han expedido otras varias órdenes; pero lo que principalmente ha de tenerse presente sobre este punto, y otros tocantes á varas, es la Real cédula citada de 7 de Noviembre de 1799 (*c*), que deroga sabiamente varias disposiciones anteriores.

28 A fin de que unos Magistrados tan distinguidos y convenientes para el servicio del estado y bien de los pueblos, no mendiguen en caso de quedar impedidos, ni perezcan llenos de miseria, y de que por su muerte no queden en un estado deplorable sus viudas é hijos, tiene aprobado S. M. un Monte-pio para las unas y los otros, y para ellos mismos, quando se jubilen ó inhabiliten en la carrera (*d*).

29 No nos parece conveniente extendernos mas sobre esta materia, por quanto las Reales órdenes mas necesarias y recientes sobre ella son bien sabidas, con especialidad de los interesados en saberlas; pero sin embargo escribiendo en la Corte causaria extrañeza no dar alguna noticia de su Corregidor y sus Tenientes.

30 El Corregidor de Madrid ha sido al mismo tiempo Intendente de su provincia hasta fines del año próximo pasado en que se confirió el Corregimiento al Señor Don Josef Marquina y Galindo, del

(*a*) Real céd. de 20 de Julio de 1802 y su declaratoria de 24 de Mayo de 1803, ó ley 32 t. 11 lib. 7 N R. y su nota 17. (*b*) Es la ley 29 tit. 11 lib. 7 N. R. (*c*) Es la ley 30 siguiente. (*d*) Real decreto de 7 de Noviembre de 1799, ó ley 33 tit. y lib. cit. N. R.

Consejo de Castilla, y la Intendencia al Señor Don Pedro de Mora y Lomas. Dicho Corregidor preside el Ayuntamiento, donde se trata de los negocios del abasto del público, es Juez privativo de policia, y *Superintendente de sisas* y propios, para cuyos dos ramos hay una Junta de cinco Regidores y quatro Diputados que asimismo preside, *proveyendo por sí solo los empleos respectivos* á sisas. Ofreciéndose litigios sobre los expresados ramos, los determina por sí el Corregidor asesorado de sus dos Tenientes con apelacion al Consejo, aun quando resulte alguna causa criminal en que haya reos, por estar inhibida la Sala de Alcaldes de entrometerse en los asuntos del Corregimiento de Madrid.

31 Al mismo tiempo exerce el Corregidor la jusisdiccion civil y criminal en Madrid, y pueblos no exêntos por medio de sus dos Tenientes, á quienes se conceden los honores de la toga á poco de habérseles nombrado; si bien aunque no los tengan, se les da el tratamiento de *señoría*. Dan audiencia pública á la salida del Consejo en las casas consistoriales, y tambien en las suyas, si hay urgencia, ó quieren hacerlo para evitar atrasos; y de sus sentencias en causas civiles se apela al Consejo de Castilla en Sala de provincia.

32 Su jurisdiccion criminal es acumulativa con la de los Señores Alcaldes de Corte; pero no pueden llevar á execucion ninguna pena corporal sin consultar á la Sala, á quien deben asimismo dar cuenta dentro de 24 horas de las causas sobre aprehension de armas de fuego, consultando despues las sentencias. Ademas las apelaciones en las causas criminales deben interponerse para la misma Sala, como hemos dicho en el tomo 1 de la Práctica Criminal (*a*).

De los Alcaldes de Quartel en la Corte, Chancillerías y Audiencias, como Jueces ordinarios para conocer de causas civiles.

33 Además de la jurisdiccion criminal que tienen los Señores Alcaldes de Casa y Corte, y de que ya hemos hablado (*b*), exercen tambien la civil en primera instancia, como Jueces ordinarios, y en la Corte y su rastro los diez mas antiguos, que lo son de quartel y provincia, del mismo modo que los Tenientes de Corregidor, formando su Audiencia ordinaria á la salida de la Sala, cada uno en uno

(*a*) Apéndice 2 pág. 361 n. 9. Puede verse á Sanchez Santiago. Idea Elemenral t. 1 pags. 2 y sig. (*b*) Pract. Crim. tom. 1 Apend. 2 pag. 357.

de los oficios de Escribanos de provincia, donde despachan los pleytos con asistencia de los Abogados en el dia de su señalamiento, y de los litigantes, si quieren asistir, aunque en sus casas podrán oir los juicios verbales, cuya cantidad ha de ser hasta 500 reales, y despachar negocios de poca monta. Esta jurisdiccion que es acumulativa de la del Corregidor y sus Tenientes, se extiende á la Corte y todo su rastro; y de las sentencias de los Alcaldes se interpone apelacion para el Consejo de Castilla en la Sala de provincia, excediendo el valor de la cosa litigiosa de 10 ducados, y no llegando, para la Sala segunda criminal de los mismos Alcaldes (*a*); si bien posteriormente se mandó (*b*) que sin embargo de esta asignacion de los pleytos de menor quantía que fuesen en apelacion á dicha Sala segunda, ya de los juzgados de provincia de los Alcaldes, ya de los Tenientes de Villa, hubiese de conocer de un pleyto la Sala primera, quedando dos para la Sala segunda, guardándose turno entre ellas.

34 En la citada Real cédula de 6 de Octubre se estableció la division de Madrid en ocho quarteles á propuesta del Señor Conde de Aranda, Presidente del Consejo hecha al Soberano, y habiendo S. M. aprobado dicho establecimiento, manifestó verbalmente á dicho Señor Conde seria de su Real agrado que se extendiese á las capitales en donde hubiera Chancillerías y Audiencias, como se hizo en efecto el año siguiente en virtud de otra Real cédula (*c*). Por lo tanto, cada Alcalde ha de exercer en su quartel la jurisdiccion civil en la forma que se habia hecho hasta entónces en las Chancillerías y Audiencias, donde los Alcaldes tenian juzgado de provincia, y para ello se estableció éste de nuevo, fixando cinco leguas por rastro en Zaragoza y Barcelona, en cuyas ciudades no le tenian los Alcaldes del Crimen, á fin de que en lo sucesivo exerciesen tambien la jurisdiccion civil, arreglándose enteramente al modo y forma con que la exercian los demas Alcaldes del Crimen, para lo qual se señaló á cada uno un Escribano numerario, hasta que el Consejo bien instruido arreglase este punto, creando, si le parecia conveniente, con consulta de S. M. Escribanos de provincia. Asimismo los Alcaldes han de tener su despacho civil en las piezas señaladas en sus Chancillerías y Audiencias,

(*a*) Real céd. de 6 de Octubre de 1768 art. 1 §§ 4 y 6 y art. 4 § 2 ó ley 4 tit. 27 lib. 4 N. R. (*b*) En Real céd. de 19 de Abril de 1785, ó ley 5 tit. y lib. cit. N. R. (*c*) De 13 de Agosto de 1769 ó ley única tit. 13 lib. 5 N. R.

y resolver en sus propias casas los juicios verbales hasta en cantidad de 500 reales (*)

35 Ademas en la Real cédula de 6 de Octubre (*a*) se mandó establecer en cada quartel ocho Alcaldes de barrio con este nombre que fuesen vecinos honrados y electos por quarteles, como los comisionados electores de los Diputados, y Personero del comun, habiendo de subdividir entre sí el distrito de su quartel, y matricular todos los vecinos y forasteros: que á fin de que fuesen conocidos, y nadie pudiera dudar de su jurisdiccion y facultades, pudieran usar de la insignia de un baston de vara y media de alto con puño de marfil: que sus empleos se reputasen como actos positivos y honoríficos de la república, por lo qual habian de jurarse en el Ayuntamiento de Madrid, asentarse en los libros capitulares, y servir en lo sucesivo á sus familias para pruebas y otros casos de honor: que velasen sobre la quietud pública, la policía, el alumbrado, y la limpieza de las calles y fuentes: que tuviesen jurisdiccion pedánea, y para hacer sumarias en casos urgentes, dando cuenta incontinenti con los autos originales al Alcalde de quartel para que los continuase; y que se encargaran de la recoleccion de pobres para dirigirlos al Hospicio, y de los niños abandonados á fin de que se pusiesen á aprender oficio, ó á servir con otras facultades que se expresarán en la instruccion que formase el Consejo, que habia de entregárseles para su gobierno, y en que se les encargase tambien una particular vigilancia contra los ociosos y malentretenidos. Con efecto, se formó esta instruccion que era el auto acordado de 21 de Octubre de 1768, y es ahora la ley 10 t. 21 lib. 3. N. R., y se mandó observar sin la menor alteracion en las ciudades capitales del Reyno (*b*).

(*) En las Reales cédulas citadas de 6 de Octubre de 1768, y de 13 de Agosto de 1769 se habla principalmente y con mas extension de la jurisdiccion criminal, de que hemos prescindido ahora, ya por no corresponder á este lugar, y ya por haber hablado de ella y con respecto á los Alcaldes de Corte en la Pract. Crim. tom. 1 apend. 2 pag. 357. La jurisdiccion criminal de los Alcaldes de quartel de las Chancillerías y Audiencias tiene mucha uniformidad con la de los de la Corte, como se advertirá cotejando dichas dos Reales cédulas.

(*a*) Art. 7. (*b*) Real céd. cit. de 13 de Agosto de 1769 cap. 15.

De los asesores.

36 Despues de haber hablado de tantas clases de Jueces, no causará extrañeza que hagamos mencion de los asesores, aunque no sean Jueces con propiedad, una vez que contribuyen á la administracion de justicia con su instrucion, prudencia y consejos. En lo antiguo eran asesores de los Reyes aquellas personas sabias é ilustres, ó aquellos Jurisconsultos de quienes se aconsejaban para resolver los asuntos mas importantes para sus personas y el estado, y decidir los negocios que se les presentaban por apelacion, ó queja de los Adelantados y Merinos. Llamábanse Consejeros, segun se llama en las Partidas y en el título de éstos á los que daban su consejo ó dictámen á los Jueces para sentenciar los pleytos ó negocios pendientes ante ellos, ó á los mismos Reyes para tomar sus resoluciones.

37 Por derecho y costumbre de España los Jueces no Letrados solo podrán conocer y juzgar por sí solos las causas verbales y de poca monta; pues en siendo tales, que no puedan substanciarse ni decidirse con acierto sin una competente instruccion de la jurisprudencia nacional, deben asesorarse con personas, cuyos títulos acrediten tenerla. De estos asesores unos se llaman *voluntarios, y son los que á su voluntad ó arbitrio nombra en los juicios contenciosos el Juez lego* ordinario, quien regularmente se vale de alguno de los Abogados residentes en el pueblo; y otros hay *necesarios*, como lo *son los que nombren el Soberano, y tambien los Alcaldes mayores, con quienes deben asesorarse los Corregidores é Intendentes en todos los pelytos y negocios de justicia.*

38 Los deberes de los asesores son los mismos que los de los Jueces ó Magistrados á quienes dirigen con sus consejos y dictámenes, y en órden á la responsabilidad sobre las providencias asesoradas, despues de muchas dudas que daban lugar á que se decidiese con variedad en los tribunales acerca de este punto, para quitar toda arbitrariedad se ha establecido recientemente una regla fixa y general. Segun ésta, los Gobernadores, Intendentes, Corregidores y demas Jueces legos á quienes el Soberano nombra asesor, del qual han de valerse precisamente, á no ser que crean tener razones para no conformarse con su parecer en algun caso, en que podrán suspender el acuerdo ó sentencia, y consultar á la Superioridad, expresando los fundamentos, y remitiendo el expediente; no han de ser responsables á las resultas de las providencias ó sentencias que diesen con acuerdo del mismo

asesor, quien únicamente deberá serlo; y lo mismo ha de decirse de los Alcaldes y Jueces ordinarios que nombran sus asesores por sí, miéntras no se justifique que hubo colusion ó fraude en tal nombramiento (*a*).

De los Abogados.

39 Podria decirse sin temeridad que la abogacía es una profesion tan antigua como el mundo, ó las sociedades. Como en todas estas ha reynado la ignorancia en los mas de los hombres, y la injusticia ha procurado exercer su tiranía en todas partes, ha sido necesario recurrir al zelo, talento y luces de las personas mas sabias, ilustradas y animosas entre sus conciudadanos, llegando á ser por este medio los primeros patronos, defensores y *Abogados*. Pero donde hubo verdaderamente Abogados merecedores de este nombre, fué en Grecia y Roma, en las quales llegó la abogacía al mas alto grado de explendor, siendo ella el mejor medio de que se valian el talento, la sabiduría y la virtud para darse á conocer, y la puerta para entrar á ocupar los puestos mas sublimes del estado, así políticos como militares. En nuestra España, despues que reducida á provincia romana en el imperio de Augusto adoptó el idioma, leyes y usos de la metrópoli, floreciéron la abogacía y los Abogados, de que son una irrefragable prueba los célebres declamadores Latron, Galion, Seneca, Quintiliano y otros muchos que se hiciéron gran lugar en los Tribunales romanos. Durante la dominacion de los Godos y Arabes no hay que hablar de Abogados ni abogacía, pues Marte, enemigo declarado de las musas y las ciencias, era el único Dios á quien en aquellos tiempos lastimosos se daba culto; pero con la publicacion del fuero Real y de las Partidas, empezó á restaurarse la abogacía en Castilla (*), desde cuyo tiempo ha prosperado (**) y sido cada vez mas honrada hasta nuestros dias, en que una profesion literaria tan ilustre y honorífica se ha grangeado el favor de nuestros Soberanos, y ha hecho gran-

(*a*) Real céd. de 22 de Septiembre de 1793.

(*) Antes los Abogados podian serlo qualesquiera personas que eligiesen los litigantes, y venian á ser como unos Procuradores. Véase la ley 2 tit. 1 lib. 3. del Fuero viejo de Castilla.

(**) Sin embargo debe exceptuarse el reynado de Cárlos II, en que por haber decaido las artes y las ciencias el saber de los Letrados se reducia todo á un puro fárrago y á un amontonamiento de citas y autoridades. Puede verse la oracion inaugural sobre la historia de la abogacía del Señor Don Josef Navarro y Vidal, Ministro del Consejo de Castilla.

des beneficios al estado con ofrecerle liberalmente para los ministerios, las embaxadas, las secretarías, y con especialidad para la Magistratura y la toga muchos hombres íntegros y doctos, y aun sábios y clásicos escritores que han ilustrado con su pluma nuestra jurisprudencia y la nacion.

40 Para hacerse un Abogado digno de un título tan distinguido ha de estar adornado de talentos y qualidades no comunes. Necesita prepararse desde sus primeros años para un estudio que exîge otros muchos conocimientos preliminares, y con especialidad el del corazon humano que es el mas esencial. Es menester que conozcan los hombres, sus virtudes, vicios y debilidades: que esté dotado del mayor juicio y discernimiento para aplicar las reglas y principios á los casos particulares: que le inflame un ardiente zelo para socorrer al inocente y desgraciado, y contribuir en todo lo posible al bien de los que se ponen baxo su proteccion: que tenga una noble franqueza para no usar de otro lenguage que del de la verdad, guardando al mismo tiempo la debida moderacion y urbanidad, y absteniéndose de toda injuria y dicterio; y en fin, que depositario de la confianza de sus litigantes y de sus secretos, á veces los mas importantes no abuse indignamente de ella ni de su ministerio en provecho suyo y de los contrarios (*a*). En una palabra, el Abogado debe ser á un tiempo hombre de bien y hombre ilustrado. El talento sin la providad es el mas funesto presente que puede recibirse de la naturaleza, y la providad sin el talento no puede bastar, porque con la mejor intencion se hacen freqüentemente males irreparables.

41 Entre las varias personas que no pueden exercer la abogacía, y que no es necesario nombrar por su incapacidad notoria, lo son los Clérigos de órden sacro ó de menores órdenes con beneficio eclesiástico en los Tribunales Reales, á no ser que obtengan dispensa de la Cámara; si bien podrán abogar ante ellos por sí, su iglesia, parientes y personas miserables (*b*). Tampoco pueden abogar los Canónigos regulares ni los Monges, sino es por bien de su iglesia ó Monasterio, y por mandato del Abad (*c*).

42 Como nuestra legislacion, del mismo modo que las demas legislaciones de Europa, forma una ciencia tan complicada, extensa y dificil, tenemos por forzoso que se dediquen de intento muchas

(*a*) Ley 17 tit. 16 lib. 2 R.ó 12 tit. 22 lib. 5 N. R. (*b*) Cap. 1 y 3 de Postulando. (*c*) Cap. 2 del cit. tit.

personas al estudio de ella, y que haya Letrados, cuya ocupacion principal sea la de defender ó patrocinar causas y pleytos. Así es, que aunque para recibirse un profesor de Abogado basta la edad de 17 años que señala una ley de Partida (*a*) (*), pues no tenemos otra que la exîja mayor, necesita haber empleado 10 años en el estudio del derecho, esto es, hacer constar que despues del grado de Bachiller ha estudiado 4 años las leyes del reyno en las Universidades donde hay Cátedras de esta ensezanza (**), ó al ménos dos, si emplea los otros dos años en el derecho canónico; y que despues ha tenido dos años de pasantía en el estudio de algun Abogado de Chancillería ó Audiencia, asistiendo freqüentemente á las vistas de los pleytos en los Tribunales, lo qual certificarán sus Regentes, á quienes deben dar los Abogados noticia de los pasantes que reciban, para que les conste, y puedan zelar y certificar su asistencia, á fin de evitar fraudes. Si el grado de Bachiller se recibe con solos tres años, por medio del exâmen á claustro pleno, la pasantía ha de ser de otros tres, para que siempre sean 10 los de estudio. Los Licenciados que por privilegio de sus Universidades pueden exercer la abogacía, ó han de completar en ellas 10 años de estudio, dedicándose los Legistas á dos del derecho canónico sobre los 8 de leyes que necesitan para recibir el grado, y los Canonistas á otros 2 del derecho Real sobre los necesarios para el mismo grado, ó han de sujetarse á dicha pasantía (*b*).

43 Ademas los Abogados para poder exercer su oficio han de jurar hacerlo con rectitud y fidelidad al tiempo de su recibimiento en el Tribunal superior en que se les exâmina; y este mismo juramento podrá obligárseles á repetir baxo la pena de inhabilidad á instancia del contrario ó de oficio en qualquiera causa. Así lo dispone una ley Recopilada (*c*), segun la qual deberia reiterarse el juramento al principio de cada año; pero esto no se observa, aunque el Señor Elizondo ase-

(*a*) La 2 tit. 6 P. 3.

(*) Mayor edad habria señalado la ley si entónces se hubiesen necesitado tantos años de estudio, y tanta instruccion como se requiere actualmente para el exercicio de la abogacia. En la Chancillería de Granada se exîgen 25 años de edad, aunque á veces se dispensa algo de esta. En la Corte para el recibimiento de Abogado no se atiende á la edad del que lo pretende sino á que tenga los demas requisitos.

(**) En Real órden de 5 de Octubre de 802 se manda que haya en todas las Universidades tales Cátedras, y se mencionan los libros por donde ha de estudiarse el derecho español.

(*b*) Circular de 14 de Septiembre de 1802, ó ley 2 tit. 22 lib. 5 N. R.

(*c*) La 2 tit. 16 lib. 2 ó 3 tit. 22 lib. 5 N. R.

gura (*a*) que en la Chancillería de Granada juran los Abogados *á principios de cada año la legalidad de su oficio en el Real acuerdo.*

44 Antes de encargarse un Letrado del patrocinio de un litigante debe inquirir si le ha defendido ya otro, porque en caso de ser así es cosa muy razonable pasarle un oficio de urbanidad, para que lo tenga entendido. Asimismo, segun una ley de la Recopilacion (*b*) debe recibir del litigante y firmada de su mano, ó de persona de su confianza, sino supiese escribir, una relacion ó instruccion del hecho que motiva la contienda, y de todo lo que conduce á su derecho, para que si se le pide cuenta, pueda manifestar que hizo lo que estuvo de su parte, ó se conozca que perdió el pleyto por su culpa; pero esta sensata disposicion se halla enteramente olvidada y sin uso. Tambien desde el principio del pleyto debe estar el Abogado bien instruido de él ya para saber si es justo ó injusto, pues siendo esto último debe desecharle, aunque sea en el progreso de la causa, y conozca que la defenderán otros Letrados, y ya para saber igualmente cómo ha de hacer el interrogatorio, y qué puntos conviene probar.

45 En los Tribunales de la Corte, Chancillerías y Audiencias nadie puede ser Abogado directa ni indirectamente en causa en que sea Juez su padre, hijo, yerno, ó suegro; y por lo que hace á los demas juzgados en que solo haya un Juez, no podrá abogar en ninguna manera su padre, hijo, yerno, hermano, ni cuñado baxo cierta pena pecuniaria (*c*). Tampoco en ningun pueblo puede ser Abogado ni Procurador en una causa el padre, hijo, yerno, hermano, ó cuñado del Escribano ante quien pendiere (*d*).

46 Conforme á las últimas Reales constituciones y á la práctica nadie que no sea Letrado puede defenderse por sí solo ni aun en causas de alguna entidad, y lo único que se permite al interesado, es que pueda exponer verbalmente lo que le parezca el dia de la vista despues de informar los Abogados.

47 Tocante á los escritos de los Letrados, deben estos proponer en ellos, dice el Señor Elizondo en su acostumbrado estilo, „la dificultad y estado de sus causas breves y metódicamente, sin citas de leyes ó autores, con cláusulas precisas y sencillas, evitando especies impertinentes, sin dividir el punto capital en casi infinitos artículos

(*a*) Pract. Crim. for. tom. 4 p. 280 n. 25. (*b*) La 14 tit. 16 lib. 2 ó 10 tit. 22 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 33 tit. 16 lib. 2 R. ó 7 y 27 tit. 22 lib. 5 N. R. (*d*) Ley 7 tit. 25 lib. 4 R. ó 6 tit. 3 lib. 11 N. R.

que puedan con el tiempo producir cada uno un pleyto, no usando amas de expresion injuriosa, ó de alegacion ú oposicion impertinente, viendo por sí mismos originalmente los procesos, sin asegurar jamas el éxito favorable de los negocios ni sacar aquellos fuera del pueblo.,,

,,No hay fatiga, prosigue poco mas adelante, de mas prolixa atencion en un Letrado que la disposicion y coordinacion de un papel en derecho, debiendo por lo mismo ceñirse este á proponer en una introduccion de estilo grave; pero ingénua y sin afectacion, el hecho que ha de servir á la alegacion de exôrdio, en cuyo final han de proponerse por su órden los temas que hubiesen de persuadirse con método, retocando únicamente en cada uno las especies de hecho que exîja la oportunidad, sin transcribirle, por dexarlo ya puntualizado el Relator en el memorial ajustado, y repartido á los Ministros que han de votar el pleyto, proponiéndose los Abogados en todas sus gestiones verdad y claridad, evitando el fluxo pedante de muchas autoridades que solo sirven de confusion y de aglomerar páginas, y dando únicamente peso á la ley, quando la haya, ó á falta de esta á la costumbre.,,

48 Respecto á los informes verbales, los Letrados han de sentarse en estrados, dice tambien el mismo autor con modestia y por su antigüedad, dando el lado derecho el mas moderno al mas antiguo, como se practica en el Consejo, no hablando hasta que el Relator concluya el hecho, en cuyo caso lo deberá hacer cada uno por su parte, sin oirse á dos sobre un mismo punto, usando siempre de urbanidad, en que se apoya la prohibicion de atravesarse, aun á pretexto de faltarse á la verdad del hecho que puede advertirse despues y siempre con respecto, sin orgullo, ó desentono (a).,,

49 Así por escrito como en estrados, dice finalmente el Señor Elizondo, han de nombrar los Letrados con el distintivo de *Señor*, quando sea necesario, al Ministro ó Fiscal de S. M. que haya sido, ó fuese en la actualidad de qualquiera Tribunal superior, ó de los Consejos del Rey, y tratando del propio modo á los escritores togados, excepto en el Consejo, donde solos sus Ministros, ú otros de igual clase tienen este distintivo, y no los demas de la península, lo que deben exâctamante observar los Abogados; pues si bien no se titulan subalternos de los Tribunales, son *dependientes* mediatos de los mismos.

(a) Leyes del tit. 6 P. 3 y del tit. 16 lib. 2 R.

50 Ningun Abogado puede pactar con el litigante que ha de darle cierta parte de lo que se demanda ó litiga, porque se *trabajaria*, dice la ley de Partida (*a*) *de facer toda cosa, porque la pudiesse ganar, quier á tuerto quier á derecho.* Tampoco puede pactar que le dé cierta cantidad ú otra cosa por razon de la victoria en el pleyto baxo la pena de suspension de oficio por seis meses: ni asegurar al litigante el vencimiento por quantía alguna sopena de pagarla duplicada: ni convenirse baxo cierta multa en seguir y finalizar el pleyto por cierta cantidad (*b*).

51 Pero sí podrá el Abogado hacer sobre su honorario un convenio justo y arreglado con su litigante, y en caso de no haberse hecho ó de reclamar los interesados se pasarán los autos al tasador, ó al colegio de Abogados, ó en los casos graves lo regularán los mismos Jueces. Sobre esta tasacion de derechos de los Abogados, punto freqüentemente ventilado en las causas, no puede darse regla fixa, y todo debe dexarse al prudente arbitrio del Juez, quien ha de tener en consideracion la calidad de la causa, la diligencia prestada en ella, y la costumbre del tribunal en donde se hubiese seguido, sin gobernarse para esta regulacion por el número de páginas, lineas, artículos ú otras cosas semejantes que harian depender el valor del honorario de la loquacidad ó charlataneria de un profesor; sí bien de todos modos los Letrados de honor deberán contentarse con la regulacion del Magistrado para no incurrir en la nota de codiciosos.

52 Aunque es muy justo que se recompense á los Letrados con un competente honorario, deben por otra parte patrocinar gratuitamente á los pobres y desvalidos, no habiendo Abogados asalariados para ellos (*c*). En la corte, chancillerías y audiencias hay cierto número de Abogados de pobres que ó bien los eligen anualmente los colegios sin dotacion, ó dichos tribunales con ella; y los negocios de que no pueden encargarse, se reparten entre los demas por la obligacion que todos contraen con juramento al recibirse de defender á las personas miserables. En una Real órden (*d*) se halla prevenido por punto general que todos los Letrados y Curiales de España trabajen sin interes alguno en las causas de oficio, contra paisanos ó militares, quando no tienen facultades los reos para satisfacer los honorarios.

(*a*) La 14 tit. 6 P. 3. (*b*) Ley 8 tit. 16 lib. 2 R. ó 22 tit. 22 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 16 tit. 16 lib. 2 R. ó 13 tit. 22 lib. 5 N. R. (*d*) De 18 de Marzo de 1799.

53 Es bien sabido que quanto adquiere un hijo de familia en el exercicio de la abogacía, forma un peculio casi-castrense de que puede disponer á su arbitrio. Tambien es notorio que actualmente en todos los paises esté recibida la exêncion de cargas concejiles y sórdidas en favor de los Abogados, á quienes la concedió el derecho Romano, por razon de su nobleza personal. Así es que un Real decreto (*a*) dice lo siguiente. „Respecto á que por derecho comun y leyes del reyno gozan los Abogados personalmente y por privilegio de su profesion las mismas exênciones que competen por su calidad y sangre á los nobles y caballeros, y son exêntos de tortura, pechos y demas á que estan sujetos los del estado llano; por decreto de mi Consejo de la Cámara de 11 de este mes he venido en declarar, que dicho N. por razon de su profesion y de la nobleza personal que por ella adquiere, debe tener su asiento en la clase de Regidores nobles y preferir á sus modernos..... sin que sea visto declararle nobleza alguna de sangre.„

54 Por lo mismo la profesion de la abogacía es tan ilustre y distinguida, deben tomarse las providencias convenientes para que no decaiga de su esplendor ni de la estimacion que se merece. El crecido número que teniamos de Abogados, y la precision en que por este motivo se verian algunos, ó de no exercer su ministerio con la rectitud debida, ó de no poder subsistir con la decencia correspondiente á su honorífico destino, exîgian á la verdad que se circunscribiese su número al que necesitase el bien público, y bastase de consiguiente para restablecer en su debido honor la abogacía. Por lo tanto se mandó prudentemente en una Real órden (*b*) que el número de individuos del colegio de Madrid se fuese reduciendo hasta que quedase en el de 200, con los quales habria suficiente para el servicio público: encargándose al mismo tiempo igual reforma en el número de Letrados á las chancillerías y audiencias, sobre lo qual se les dirigiéron despues las correspondientes órdenes.

De los Procuradores

55 No hablamos aquí de los *Procuradores en general*, *cuyo nombre se aplica á todo el que con poder de otro hace qualquiera cosa*, ni de los *Procuradores para negocios*, cuyo ministerio es privado, y de los qua-

(*a*) De 17 de Noviembre de 1765. (*b*) De 30 de Septiembre de 1794, ó ley 30 tit. 22 lib. 5 N. R. Véase tambien su nota 10.

les correspondia hablar, segun se hizo, al tratarse de los mandatarios, pues no son otra cosa: hablamos de los *Procuradores de pleytos ó para pleytos que son unos oficiales públicos ó autorizados públicamente para comparecer en juicio á nombre de otros, instruir sus causas ó procesos y defender sus intereses.* A los principios en Roma solo se permitia en tres casos obrar por procurador, á saber, por el pueblo, por la libertad y por la tutela; pero como era incómodo no poder litigar ni defenderse por medio de otra persona, mayormente estando ausentes del lugar del juicio los interesados, ó no teniendo ninguna instruccion ó práctica en los asuntos judiciales, se fue introduciendo poco á poco el hacerlo por Procuradores, así como era permitido al menor pleytear por medio de su tutor ó curador. Estos Procuradores no eran oficiales públicos, sino unos hombres mercenarios sacados de entre los esclavos que solo hacian de solicitadores para con los Jueces é instruian á los interesados de lo que pasaba, por lo que no es extraño hablasen los Emperadores romanos de sus funciones como de un ministerio vil; pero habiéndose multiplicado las formalidades judiciarias hubo personas versadas en el derecho y la práctica que se dedicáron únicamente á instruir los negocios, y para distinguirlos de los *Procuradores*, *mandatarios*, *agentes*, *solicitadores* se les llamó *cognitores juris*, ó solo *cognitores* por abreviacion como si dixésemos *instruidos ó experimentados en materias de derecho y de causas.* Los Procuradores se llamáron entre los romanos *domini litium*, *señores ó dueños de los pleytos*, cuya ficcion y sutileza que como otras muchas no tienen absolutamente lugar entre nosotros, aunque los intérpretes hagan uso de ella, inventáron los Jurisconsultos á fin de poder aplicar á los procuradores las antiguas fórmulas introducidas para los interesados principales.

56 Los Procuradores deben tener por lo menos 25 años de edad (*a*), pues seria muy extraño que pudiese entender en negocios agenos quien á causa de su edad es favorecido por la ley con el beneficio de la restitucion.

57 En los Consejos, Chancillerías y Audiencias nadie puede ser Procurador sin la aprobacion de los mismos tribunales, en los quales suele haber colegio de Procuradores, donde es limitado su número y se exîgen varios requisitos para la admision de sus individuos. En el Consejo hay 48 Procuradores numerarios. Por la Cámara se despachan los títulos á favor de los sugetos que nombran los propietarios.

(*a*) Ley 19 al fin tit. 5 P. 3.

Juran en la Sala primera de Gobierno, actuan en todos los tribunales de la Corte, fuera de la Visita eclesiástica, Vicaría de Madrid, y Juzgados ordinarios del Corregidor y sus Tenientes, y solo á ellos han de entregarse los despachos ó provisiones que se expidan á su instancia. Pero no se les exâmina como á los Procuradores de la Chancillería de Granada. Asimismo los Procuradores del Consejo tienen el privilegio de que se les cometan las defensorías y curadorías para pleytos que hayan de proveer los Consejos, Tribunales, Juntas, Comisiones y Juzgados de provincia.

58 No puede ser Procurador el padre, hijo, hermano ni cuñado del Escribano ante quien pendiese el pleyto ó expediente (*a*); y siempre que los Jueces supremos adviertan que los Procuradores son inhábiles y hacen cosas indebidas, podrán privarles para siempre de sus oficios (*b*).

59 No pueden los Procuradores presentar pedimento sin poder dado por bastante, ni peticion firmada por Abogado que no lo sea de la Chancillería ó Audiencia, aunque sí podrán presentar pequeños escritos como para acusar rebeldías, pedir prórogas, concluir en los pleytos y otras cosas semejantes (*c*): no pueden convenirse con los Abogados directa ni indirectamente sobre recibir de éstos parte alguna del honorario que hubiese de corresponderles (*d*): no pueden pactar el seguir y finalizar los pleytos á su costa por cierta cantidad (*e*), y en fin no pueden hacer ninguna solicitud ya denegada por otra escribanía diversa de la primera, pues si quieren suplicar de la denegacion, han de hacerlo por ésta con expresion de lo qne ántes hubiese pasado (*f*).

60 Siempre que los Procuradores pidan en el Consejo sobre carta de alguna provision, deben presentar los documentos en la misma escribanía de Cámara por donde se hubiese despachado la primera (*g*). Ademas los Procuradores han de dar recibo de los procesos que tomasen contando las hojas (*h*).

61 Las expresadas obligaciones se han prescripto por las leyes con respecto á los Procuradores de los tribunales supremos; pero como son

(*a*) Ley 7 tit. 25 lib. 4 R. ó 6 tit. 3 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 10 tit. 24 lib. 2 R. ó 12 tit. 31 lib. 5 N. R. (*c*) Leyes 2 y 8 tit. 24 lib. 2 R. ó 3 y 9 tit. 31 lib. 5 N. R. (*d*) Ley 33 tit. 16 lib. 2 R. ó 7 y 27 tit. 22 lib. 5 N. R. (*e*) Leyes 8 tit. 16 y 6 tit. 24 lib. 2 R. (*f*) Auto 6 tit. 24 lib. 2 R. (*g*) Auto 5 tit. 24 lib. 2 R. (*h*) Leyes 11 tit. 20 lib. 2 y 1 tit. 27 lib. 4 R.

tan justas ó razonables, pueden extenderse á los de todos los tribunales.,, Antes de pasarse, dice el señor Elizondo (*a*), las renuncias hechas por los Procuradores de sus oficios en el Consejo debe dar cuenta el renunciante por inventario de los procesos y papeles que hubiese recibido, ó siendo muertos, sus herederos no admitiéndose á jurar el exercicio sin poner corriente el oficio, lo que no debe dispensarse por mas obligaciones y fianzas que ofrezcan, como se ha practicado en Granada á nuestra instancia fiscal sin el menor disimulo en este punto, no obstante lo expuestos que están en nuestro Tribunal los procesos y pleytos á perderse, por no dar los Abogados recibo de ellos á los Procuradores, aunque los pidan, contra la práctica inconcusa de Madrid y la ley específica de Indias (*b*) que así lo previene, consiguiente á nuestras ordenanzas de esta Chancillería: de modo que nos hemos visto precisados á exîgir se guarde inviolablemente la práctica del Consejo en tan importante materia: lo que acabamos de lograr se mande por nuestra Chancillería.,,

62 ,,Observamos tambien en el Consejo, prosigue el mismo autor, devuelven los Procuradores al fin de todos los años los pleytos que tienen tomados, testando los recibos y firmando nuevamente otros, segun se practica tambien en Granada, dando los oficiales mayores de las Escribanías de Cámara en Madrid certificacion á aquellos subalternos, en que consta haber cumplido, la qual entregan al Escribano de Gobierno para hacerlo presente al Consejo.,,

63 Es superfluo decir que los Procuradores deben guardar secreto y fidelidad á sus principales: que han de ser muy activos y vigilantes para lograr el mas pronto y favorable despacho de los negocios ó pleytos: que no han de dexar de hacer lo que se ordene en el poder, ni excederse de las facultades que en éste se le concedan; y en una palabra que como los encargos que se les hacen, son unos verdaderos mandatos, deberán observarse regularmente en quanto á los Procuradores los principios ó reglas que las leyes y la sana razon prescriben acerca de aquellos (*c*).

(*a*) Pract. univ. for. tom. 4 pag. 278 n. 50. (*b*) La 15 tit. 24 lib. 2 de la Recop de Indias. (*c*) Acerca de poderes véase el cap. *del mandato*. P. I.

De los agentes de negocios.

64 Por *agentes de negocios*, expresion muy general, solo entendemos *aquellas personas que en la corte y ciudades donde residen las Chancillerías y Audiencias, se hallan dedicadas á practicar las diligencias conducentes en los pleytos y asuntos agenos como las pretensiones de empleos, ú otros en virtud de orden, aviso, ó poder de los interesados.* Llámanse en nuestras leyes Recopiladas *solicitadores*, por lo que *solicitan*, ó por sus *solicitudes*, y á diferencia de los Procuradores no pueden presentar ninguna peticion en juicio, ni hacer ninguna otra gestion judicial, sino tan solo nombrar, teniendo poder del interesado, Procurador que le defienda en el pleyto. En la Chancillería de Cranada son los solicitadores ó agentes de los litigios los mismos Procuradores, aunque en ciertos casos los permite el Acuerdo; y en Madrid es y se llama *agente todo el que tiene algunos poderes*, no obstante lo dispuesto en dos autos acordados (*), por lo que ha llegado á ser su número muy excesivo.

65 Pero sin embargo hay varias personas á quienes prohiben las leyes ser solicitadores, y así no pueden serlo los Consejeros, Oidores, Alcaldes, ni Alguaciles de Casa y Corte, los Ministros del tribunal de la Contaduría mayor, ni sus oficiales ó subalternos, los Secretarios del Rey, Escribanos de Cámara, ni Relatores de los Consejos, sus dependientes, ni criados, ni otras personas semejantes (*a*): no pueden serlo en negocios de dicho tribunal de la Contaduría mayor los que hayan sido oficiales ó criados de los Ministros ú otros oficiales de ella, miéntras no se haya pasado un año entero despues de su despedida (*b*): no pueden serlo ni aun de negocios de sus parientes los ofi-

(*) Los 8 y 9 tit. 24 lib. 2 R. ó leyes 12 tit. 26 lib. 4. N. R. que dicen lo siguiente: Todos los solicitadores y agentes de negocios que hay en esta Corte.... se registren en la Escribanía de Gobierno en el Consejo, declarando de dónde son naturales, por qué saliéron de sus tierras, quánto ha que estan en la Corte, en qué negocios, con qué salarios, y en qué Tribunales negocian y asisten: lo qual cumplan pena de privacion de oficio y de 4 años de destierro preciso de esta Corte y 5 leguas á la redonda. Sin especial título de S. M. no puede haber agentes ni solicitadores de pleytos, pretensiones y negocios; pues deben ser personas conocidas por los evidentes perjuicios y daños que resultan al público en comun y á los individuos en particular.

(*a*) Ley 30 tit. 4 lib. 2 R. ó 22 tit. 22 y 7 tit. 31 lib. 5 N. R. (*b*) Ley 1 cap. 29 tit. 2 lib. 9 R. ó nota 7 tit. 21 lib. 4 N. R.

ciales de libros de la Real Hacienda (*a*): no pueden serlo los asistentes Gobernadores, Corregidores, sus oficiales ni familiares de los pleytos ó causas que se ventilen dentro del término de su jurisdiccion, ni ayudar á persona de fuera de ésta, trátese el negocio dentro ó fuera de ella ante otros Jueces seculares ó eclesiásticos, aunque sí podrán serlo en favor de su jurisdiccion ó del bien público no llevando por ello ningun interes (*b*): no pueden serlo de los pleytos que se sigan en las Audiencias los Escribanos de ellas ni sus criados (*c*): no pueden serlo los Eclesiásticos seculares ni regulares de pleytos, administraciones de casas, ni cobranza de juros que no sean de sus propias iglesias, monasterios, conventos ó beneficios (*d*), y en fin, no pueden serlo los oficiales de Secretarías (*e*).

66 En Madrid reside con su correspondiente oficina un agente creado en virtud de un Real decreto (*f*), por cuya mano han de dirigir los vasallos á Roma sus pretensiones como dispensas para celebrar matrimonio los parientes en grado prohibido y otras semejantes que se despachan por dataría.

67 Acerca de los agentes de negocios de Indias tenemos una Real resolucion (*g*) en que se dispone lo siguiente. Su número ha de ser de 30 y sus empleos serán honoríficos. A los nombrados se ha de despachar Real título de tales agentes y solicitadores de negocios de Indias en la corte sin obligacion de pagar media anata. En los 30 no pueden incluirse los Procuradores de los Reales Consejos que lo soliciten, como tengan las circunstancias necesarias para ello, y los demas Procuradores sin dicho título únicamente lo serán para los negocios judiciales, de cuyas resultas no han de ser responsables. Fuera de los 30 agentes podrán serlo los parientes dentro del quarto grado de consanguinidad y del segundo de afinidad, justificando esta circunstancia al tiempo de exhibir los poderes, los quales para los asuntos de justicia han de substituirse en alguno de sus Procuradores. Los empleados con sueldo en tribunales ú oficinas, conforme á lo prevenido en la legislacion así de Indias como Castilla no podrán tener ningunas agencias. Todo vecino, habitante, ó comunidad de América puede remitir para su mayor seguridad los caudales destinados para

(*a*) Ley 2 cap. 35 tit. 2 cit. ó nota 6 tit. 12 lib. 4. N. R. (*b*) Ley 3 t. 6 lib. 3 R. ó 9 tit. 24 lib. 5 y 18 tit. 15 lib. 7 N. R. (*c*) Ley 36 tit. 20 lib. 2 R. (*d*) Instruc. ultim. de Corregid. cap. 24. Real cédula de 25 de Nov. de 1764, autos 1 y 2 tit. 3 lib. 1 R. (*e*) Real provision de 5 de Septiembre de 1767. (*f*) De 30 de Noviembre de 1783. (*g*) De 15 de Julio de 1778.

sus negocios ó dependencias al arca de la Depositaría general del Consejo de Indias, donde deben recibirse sin otro gravámen que el del 1 por 100 de su total á la entrada, y nada á la entrega de los sobrantes. La Contaduría general del propio Consejo ha de llevar cuenta formal de todo en libros separados, y librar con órden de la Sala que conozca del expediente, ó del Ministro de ella que se diputase, las partidas que se crean proporcionadas para los gastos que exíja el curso de los negocios, baxo las reglas y precauciones con que se conduce la misma Depositaría general (*).

CAPITULO PRIMERO.

Del juicio civil ordinario en primera instancia hasta la sentencia.

§. I.

De las divisiones del juicio, de los dias en que puede hacerse, y de las personas que pueden ó no comparecer en él.

1 Hay dos clases de Jueces: unos son *ordinarios*, y otros *extraordinarios*: se llaman ordinarios *los que tienen jurisdiccion y facultad para conocer en causas civiles ó criminales por concesion de la ley, ó del Soberano, de universidad ó pueblo, ó por costumbre*: y extraordinarios *los Delegados, ó de comision, los árbitros, los executores, y todos los que se eligen y comisionan para ciertos negocios por la persona ó tribunal que tiene derecho para nombrarlos.* El juicio *es una contienda forense entre dos ó mas personas sobre alguna cosa.* Se estableció para que ninguno osase hacerse justicia de propia autoridad por las fatales conseqüencias que podian resultar de ello.

2 Para constituir el juicio, procédase por accion, acusacion, denuncia, inquisicion ó de oficio, se requieren forzosamente tres personas principales que son, actor ó acusador, verdadero ó ficto: reo ó demandado y Juez. *Actor ó demandante es el que deduce la accion, ó el primero que provoca al juicio, pretendiendo conseguir alguna cosa*, y éste en las causas criminales se llama con propiedad *acusador. Reo en las causas criminales es el que cometió delito, y en las civiles el demandado*

(*) No se habla en estos preliminares de los Escribanos por haberse hablado de ellos con particularidad en el apéndice de la primera parte §. 2.

por el actor sobre alguna cosa, de manera que el oficio del actor es provocar, instar, objetar, y el del reo refutar ó repeler, negar y excepcionar. Y *el Juez es una persona con jurisdiccion como mediadora entre actor y reo que declara y da á cada uno lo que le corresponde sobre su pretension segun derecho y los méritos del proceso.* Tambien como vemos, intervienen en el juicio otras personas ménos principales que son Abogado, Escribano, Procurador, testigos y otros.

3 El juicio se divide en *ordinario*, *extraordinario* y *sumario*. Llámase ordinario *aquel en que se procede por accion ó acusacion, observando todos los requisitos y solemnidades que prescriben las leyes*: extraordinario, *quando el Juez procede no por accion ó acusacion verdadera sino de oficio sin guardar el órden y formalidades del derecho*; y sumario, *aquel en cuyo seguimiento procede el Juez brevemente, de plano, sin estrépito ni figura de juicio en los casos en que tiene lugar, atendiendo solo á la verdad del hecho*; si bien aunque en este juicio se pueden omitir dichas solemnidades, no las necesarias para la decision legítima de la causa segun derecho natural, pues de lo contrario se ocultaria la verdad y sería iniqua la sentencia.

4 Pidiendo alguno al Soberano que mande oirle breve y sumariamente sobre su pretension, si éste comete á cierto Juez el conocimiento, y solo dice en su rescripto, *que lo oiga y haga justicia*; se entiende que no obstante su súplica debe oirle ordinariamente observando todos los trámites legales, miéntras no exprese ó diga que se haga como lo pide; y así lo he visto practicar.

5 El juicio, sea eclesiástico ó secular, se divide tambien en *civil*, *criminal* y *mixto*. El civil *es todo aquel en que no se trata de delito*, y *en que únicamente se ventila sobre algun interes pecuniario*; aunque haya dado motivo á ello algun crímen, en cuyo caso la accion se llama *accion criminal intentada civilmente*. El criminal es, *quando se trata principalmente del delito y de su castigo por el interes y escarmiento público*, ó *quando se ha de aplicar al fisco la pena pecuniaria en que el reo es condenado* (*a*); por manera que del delito nacen regularmente dos acciones, una civil que mira solo al interes del injuriado, y otra criminal que se dirige al castigo del ofensor. Y el juicio mixto es, *quando se trata á un tiempo de interes pecuniario y de delito*, como sucede *en la denuncia*, ó *quando la pena pecuniaria se ha de aplicar al fisco y á la parte.*

6 Asimismo el juicio, omitiendo otras varias divisiones no nece-

(*a*) Ley 9 tit. 4 P. 3.

sarias que se hacen de él, se divide en *petitorio* y *posesorio*: petitorio *es aquel en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad, dominio, ó quasi dominio de alguna cosa, ó del derecho que les compete en ella*; y posesorio *el que instauran, no sobre la propiedad ó dominio sino sobre obtener ó retener la posesion ó quasi posesion de la finca ó alhaja, ó recuperar la que tienen perdida, y de que están despojados.*

7 No deben los Jueces ordinarios ni delegados conocer de causas civiles en dias feriados, sagrados, ni profanos, aunque lo consientan los litigantes, sino que lo exîja la necesidad pública ó privada, ó la piedad (*a*) (*). Lo mismo milita en los árbitros de derecho, por estarles prohibido actuar fuera de los dias y casos en que se permite á los Jueces ordinarios; mas no en los arbitradores, pues estos en todos lo pueden hacer (*b*).

8 Los dias feriados son *sagrados*, *rústicos y repentinos*: se llaman sagrados, ó de fiesta los que están introducidos principalmente para tributar á Dios el culto y veneracion que como á Criador y causa primera de todo lo criado se le debe: los rústicos que tambien se llaman necesarios, son los que por necesitar los hombres trabajar en el campo, v. gr. en el Agosto, vendimias, &c.; ó por ley ó costumbre se han establecido, como los mercados, las vacaciones, &c.; y los repentinos son aquellos que se establecen por un extraordinario é impensado acontecimiento como la venida ó coronacion del Príncipe, la victoria conseguida de sus enemigos, el parto de la Princesa ú otra causa semejante, cuyos dias solo puede señalar el Soberano, y no el Juez de propia autoridad (*c*).

9 Pueden comparecer en juicio y elegir árbitros todos los que

(*a*) Leyes 33, 34 y 35 tit. 2 P. 3.

(*) Para facilitar y abreviar el despacho de los negocios, y evitar en lo posible á los litigantes los perjuicios que les ocasionan las dilaciones, se reduxéron los dias feriados por un Real decreto inserto en la circular de 31 de Marzo de 1789 á las fiestas que la Iglesia celebra como de precepto, aunque solo sea de oir misa, á las de nuestra Señora del Cármen, de los Angeles y del Pilar, y á las vacaciones de Resurreccion desde el domingo de Ramos hasta el martes de pascua, de Navidad desde el 25 de diciembre hasta el primero de enero siguiente, y de Carnestolendas hasta el miercoles de Ceniza inclusive: excluyéndose todos los demas dias en que con nombre de feriados ó fiestas de Consejo cesaba el despacho de los negocios, sin exceptuar aquellos en que celebran los Consejos y Tribunales alguna fiesta, porque deberán practicarlo despues de las horas de tribunal, aunque sea anticipando su entrada y salida.

(*b*) Leyes 32 tit. 4 P. 3. (*c*) Leyes 33, &c. y 36 tit. 2 P. 3.

no tienen prohibicion legal para hacerlo (*a*). El excomulgado vitando ó no tolerado no puede presentarse en juicio como actor, aunque sí como reo para defenderse, porque la defensa es natural; ni tampoco ser Personero, Abogado, ni testigo, lo qual no milita en el tolerado ó de excomunion menor (*b*). Asimismo no pueden comparecer en juicio los Religiosos profesos sin licencia de sus Prelados (*c*).

10 El hijo de familia que está baxo de la patria potestad, no puede demandar en juicio á su padre legítimo ni adoptivo, aunque tenga 25 años, excepto que niegue ser tal hijo, ó por maltratarle, ú obligarle á conducirse mal, ó por razon de bienes castrenses ó casi castrenses, ó uso de oficio público, ó para que le alimente pudiendo, ó para quitarle la administracion de sus bienes adventicios, si se los disipa (*d*); bien que si está indigente, debe dexarle de sus frutos lo que hubiere menester (*e*).

11 Pero estando fuera de su dominio, aunque no puede demandarle criminalmente en causa de que le resulte muerte, mutilacion de miembro, ó infamia de hecho ó de derecho, á ménos que le cause grave daño en su persona y bienes, para resarcirle de los de su padre y no para otro efecto; sí civilmente, con tal que ante todo pida para ello al Juez la venia y licencia que el derecho (*f*) previene, y que aquel debe dar sin citar al padre; pues si no la pide, sea en la misma demanda, como se estila, ó en otros términos, no se le ha de admitir ésta. Tendrá presente esto el Escribano para no exponerse á un sonrojo del Juez, quando le ocurra el caso.

12 Y si hallándose baxo la patria potestad, quiere demandar á alguno, debe pedir para ello licencia á su padre; como tambien para responder á la demanda que le hayan puesto, á ménos que sea mayor de 25 años, y su padre esté ausente de la provincia, ó que se trate de bienes castrenses ó quasi castrenses (*g*); y el Juez puede con justa causa compeler al padre á dar dicha licencia para pleyto sobre cosa en que no tenga el usufructo de los bienes de su hijo.

13 Deben pedir tambien la venia en iguales términos que el hijo, el yerno á su suegro, el súbdito al superior, el vasallo á su señor, el

(*a*) Leyes 4 y 14 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 6 al fin tit. 9 P. 1. (*c*) Leyes 10 tit. 2 P. 3 y 10 tit. 9 P. 7 (*d*) Leyes 2 tit. 2, 4 y 5 tit. 7 P. 3, y 11 tit. 17 P. 4. (*e*) Ley 2 t. 2 P. 3 y su glosa 14. (*f*) Ley 3 tit. 2 P. 3. Sobre todos los puntos criminales que se tocan en esta obra puede verse nuestra *Práctica Criminal de España* en los lugares correspondientes. (*g*) Leyes 7 tit. 2 P. 3 y su glos. 1, y penúl. y últ. tit. 17 P. 4.

discípulo á su maestro, el feligres á su Párroco, el ahijado á su padrino de bautismo y el entenado ó hijastro á su padrastro ó madrastra, si los demandan, y aunque sobre éste hay variedad de opiniones, no dañará el pedirla.

14 Los hermanos consanguíneos no deben demandarse criminalmente en causa de que les resulte muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, sino es que el uno haya maquinado contra el otro alguna de estas cosas, ó que sea por traycion contra su señor, no habiendo quien le acuse, ó contra el Rey ó su reyno (*a*).

15 Los criados ó sirvientes no pueden tampoco acusar á sus amos pasados ó presentes, no siendo por alguna de las causas referidas, ó por infamarlos ó hacerles perder sus bienes de modo que queden pobres (*b*).

16 Sin embargo de que á los pupilos se provee de tutor aun contra su voluntad, como expuse en el capítulo de inventarios, y á veces de curador, si hay peligro en la demora; no están obligados los adultos á recibir curadores (*c*); y si son demandados, ó demandan criminalmente, tienen que elegir curador de pleyto que sea idóneo; porque no haciéndolo le nombrará de oficio el Juez por su contumacia, para que el juicio no sea nulo por falta de persona legítima, pues el menor no lo es para comparecer por sí solo en él (*d*), y debe hacerlo en nombre suyo su curador; de modo que si comparece sin éste, vale solamente lo que cede en su utilidad, á ménos que su contrario se oponga, en cuyo caso ni aun esto vale (*e*); por lo que si el menor que no tiene curador, quiere demandar á alguno, no ha de poner por sí mismo la demanda, y por un otrosí nombrar al curador para que se le discierna el cargo y le defienda, sino que ha de nombrarle primero, y discernido el cargo pondrá en su nombre la demanda. Si le admite el Escribano en otros términos, será tenido por idiota y se deferirá solamente al discernimiento, si el Juez sabe lo que manda.

17 No milita lo expuesto en las causas espirituales y beneficiales, pues en estas puede el adulto comparecer por sí sin intervencion de su curador (*f*), como se ha sentado en la l. P. cap. 10 n. 6, y constituir Procurador en la forma expuesta en el capítulo de inventarios n. 64 y no en otra, lo qual no se permite al pupilo; bien que se le

(*a*) Ley 4 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 6 tit. y P. cit. (*c*) Ley 13 tit. 6 P. 6. (*d*) Ley 13 tit. 16 P. 6. (*e*) Leyes 11 tit. 2 y 1 al fin. t. 3 P. 3. (*f*) Cap. fin. de Judic. in 6.

concederá el beneficio de la restitucion siendo perjudicado. Pero si el menor que no tiene curador, comparece en juicio y ratifica con juramento lo actuado, no puede pretender la restitucion, aunque sea leso, porque como esto es un casi contrato, se confirma con el juramento del mismo modo que el contrato (*a*).

18 El Juez debe nombrar curador de pleyto á los pupilos, á los mudos y sordos por naturaleza, á los pródigos, locos y mentecatos declarados, y así en estos casos como quando el adulto nombra el curador, debe éste dar fianza, lega, llana y abonada de que cumplirá fiel y exâctamente su encargo, con la qual se le ha de discernir y confirmar el Juez (*b*). Y quando tenga que declarar el menor como parte, ha de asistir su curador al juramento, aunque no á la declaracion, y ha de firmarla por su asistencia, sea civil ó criminal el negocio, sea el menor actor ó reo, y así se observa.

19 Estando imposibilitado legítimamente el curador de comparecer en juicio por su menor, puede nombrar Procurador ó Apoderado para negocio determinado, especificando en el poder el impedimento que tiene (*c*); pero no estando impedido solamente se le permite hacerlo despues de contestada la demanda (*d*).

20 La muger casada no puede comparecer en juicio ni nombrar Procurador sin licencia de su marido, á ménos que esté ausente del pueblo donde se ha de litigar, y no se espere pronto su regreso, en cuyo caso puede el Juez concedérsela con conocimiento de causa: ó que el marido sea loco, furioso, mudo ó mentecato, ó que tenga que usar contra él de sus acciones civiles ó criminales, como sobre restitucion de su dote, porque se la disipa y viene á inopia, ó sobre divorcio, nulidad de matrimonio, excesiva rigidez en el trato, alimentos y otras cosas, para las quales no necesita licencia de su marido, ni del Juez, como se expuso en la I. P. cap. 28 nn. 51, 52 y 53. Y si es preciso recibirle alguna declaracion como parte ó testigo, ha de presenciar su marido el juramento y por lo mismo firmarla, si sabe; mas no ha de declarar en su presencia, segun se practica.

21 Ni el marido ni su heredero pueden constante el matrimonio acusar á la muger por delito de hurto ni otro de que se le pueda seguir infamia, ó por la que merezca pena aflictiva, excepto por adul-

(*a*) Leyes 16 tit. 11, 59 tit. 18 P. 3 y 6 tit. 16 P. 6. (*b*) Leyes 12 y 13 tit. 16 P. 6. (*c*) Leyes fin. tit. 10, 66 tit. 18 y 2 tit. 23 P. 3. (*d*) Leyes 3 tit. 5 y 96 tit. 18 P. 3.

terio, ó por traycion contra el Rey ó su reyno, ó contra su Señor temporal; y lo propio milita en la muger respecto de su marido (*a*).

22 Aunque para comparecer un Procurador en juicio por su litigante basta, regularmente hablando, un poder general para pleytos, no es así en muchos casos que suelen ser peculiares del mismo juicio; si el poder no tiene las correspondientes especialidades ó particularidades; v. gr. para hacer el juramento de calumnia y otros, pedir restitucion, prorogar jurisdiccion, hacer cesiones, donaciones y liberaciones, apartarse de las apelaciones y súplicas, nombrar y presentar, hacer novacion, allanamientos, consentimientos y apartamientos del pleyto en qualquiera instancia, aceptar beneficio, tomar posesion de él, introducir el remedio de la tenuta, y los recursos de fuerza é injusticia notoria, suplicar segunda vez con la pena y fianza de las 1ⓓ500 doblas, y para otros casos semejantes, en los quales es indispensable que el poder tenga estas especialidades, y aun en algunos que sea especial para caso determinado, por no bastar la especialidad que contenga el general; en cuya atencion el Escribano tendrá cuidado de reconocer los poderes, y no admitir á los apoderados gestiones que exijan especialidad, sino la contienen, porque se expone á ser multado, como he visto multar á uno en el Consejo, y tambien á un Abogado y Procurador, por haber firmado pedimento con un allanamiento sin poder especial, y no haber hecho que su parte le firmase, ó rehusado presentarle, si no queria hacerlo. Y es de tener presente en primer lugar, que los 20 dias prefinidos (*b*) para suplicar segunda vez corren desde que se notifica la sentencia de revista al Procurador, tenga ó no poder especial de la parte para introducir el recurso, de donde se infiere que aunque no le tenga, puede introducirle; como tambien que el término para acudir á la Real persona quejándose de las sentencias de revista dadas en las Audiencias de Canarias y Mallorca, que ántes era de 40 dias, es al presente de 90 (*c*): en segundo lugar que el apoderado para un pleyto puede substituirle, y el substituto substituir tambien, con tal que el poder conceda á uno y otro esta facultad, no de otra suerte; y aunque no falta quien diga que el substituto puede substituir del mismo modo habiendo contestado el pleyto, yo no le admitiria, si el poder carecia de esta espe-

(*a*) Ley 5 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 1 tit. 20 lib. 4 R. ó 1 tit. 22 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 16 del mismo tit. y lib. que es el del año 774, ó ley 3 tit. y lib. cit. N. R.

cialidad, por no haber ley que lo diga; y en tercer lugar es de tener presente que muerto el primer Procurador puede continuar el siguiente nombrado en el poder, ó el substituido si quisiere, pues para evitar nuevos poderes y substituciones, se nombran muchos; bien que hasta que le acepta, no puede ser compelido á la continuacion del pleyto (a).

§. II.

De la demanda y cláusulas que debe tener: si se puede mudar, ampliar y enmendar: qué debe mirar el actor para ponerla: ante qué Juez ha de acudir: qué juramentos se hacen en los juicios, y por donde no deben empezar.

23 La demanda ó libelo es un escrito en que se expresa lo que el actor pretende en juicio. Esta demanda, sea civil, criminal, ó mixta, se ha de poner por escrito y firmar por Letrado conocido (b), sin embargo de que una ley recopilada (c) permite al Juez admitirla de otra forma, con tal que conste de ella por auto en el proceso; pues esto no se halla en uso, y se sigue lo que otra recopilada (d) prefine para las audiencias Reales.

24 El actor ó demandante puede poner por sí mismo ó por medio de Procurador con suficiente poder la demanda. Si la pone por Procurador, debe este legitimar su persona presentando copia íntegra del poder, y si despues comparece por sí en el juicio, se entiende revocado el poder, sino es que se exprese lo contrario en el pedimento que dé. Pero ántes de formalizarla debe mirar y tener presentes los requisitos prescriptos en el proemio del tit. 2 Partid. 3 que voy á explicar, y se contiene en los versos siguientes.

Quis, quid, coram quò, quo jure petatur, &c. à quò recte compositus quisque libellus habet.

25 Primer requisito. *Quién es la persona á quien quiere demandar:* por si es abuelo, padre, hijo, amo, criado, marido, muger, herma-

(a) Sobre los que pueden ser apoderados ó personeros, y sobre si muerto el poderdante podrá el procurador continuar el pleyto, véase el cap. 32 P. I. (b) Leyes 40 y 41 tit. 2 P. 3 y 4 al fin tit 16 lib. 2 R. ó 1 tit. 14 lib. 11 N. R. (c) La 10 tit. 17 lib. 4 ó 2 tit. 16 lib. 11 N. R. (d) La 1 tit. 2 lib. 4 ó 1 tit. 3 lib. 11 N R.

no, religion, menor, loco, ú otra de las expresadas en los números precedentes, para saber en qué casos, ó cómo ha de poner la demanda (*a*), ó si es persona que deba responder á ella, porque no siéndolo formará artículo de no contestar y se declarará á su favor.

26 Segundo. *Qué cosa es la que pretende*; pues si es semoviente, debe expresar con claridad su color, sexô, naturaleza, edad y especie: si pieza de oro ú otro metal, su peso, qualidad y hechura: si dinero, la cantidad y especie; si trigo, cebada, vino, aceyte ú otra cosa semejante, su especie y medida: si vestido, el nombre, hechura y color de la tela ó paño: si arca, maleta, cofre ó saco cerrado con llave, basta explicar de qué son, y lo que contienen por mayor, pues no está obligado á individualizarlo todo, así como quando demanda genéricamente la herencia de alguno, ó la cuenta de bienes de huérfano, compañía, mayordomía, daños hechos, ú otras cosas semejantes, es suficiente que ofrezca probarlo en el discurso del pleyto; y quando demanda castillo, villa, aldea ú otro lugar señalado, no es necesario mas que nombrarlos diciendo le corresponden con todas sus pertenencias: si es finca, ha de especificar su sitio, linderos y demas señales, por las que sea conocida, y si pretende su propiedad ó posesion; si intenta que se le restituya á ésta, ha de expresar el año y mes en que fué despojado; si le han injuriado de palabra ú obra, debe manifestar con claridad la ofensa, el ofensor, cómo y con qué le ofendió, en qué parage, dia, mes y año; y si es cosa de peso ó medida, basta afirmar con juramento que no se acuerda con certeza á quánto asciende, y protestar que en el progreso del pleyto lo declarará. Careciendo la demanda de dicha claridad y especificacion no debe ser admitada (*b*).

27 Tercer requisito. *A qué Juez ha de acudir.* El actor debe seguir regularmente el fuero del reo, y demandarle ante el Juez de su domicilio como competente, porque no debe ser condenado ni absuelto sino por aquel á quien está subordinado, ó de quien es súbdito, y si le reconviene ante otro, puede oponer la excepcion de incompetencia ó declinatoria (*c*). Con este motivo convendrá dar al Escribano alguna instruccion acerca del fuero.

28 Esta palabra *fuero* tiene diversos significados: unas veces se entiende por el uso y costumbre de algun pueblo ó provincia: otras

(*a*) Ley 2 tit. 2 P. 3 y en ella Greg. Lop. (*b*) Leyes 15, 25, 26 y 31 tit. 2 P. 3 y 4 tit. 2 lib. 4 R. ó 4 t. 3 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 32 tit. 2 P. 3.

por la facultad de juzgar, y segun mi propósito por el tribunal del Juez á cuya jurisdiccion está sujeto el reo demandado (*a*) (*). Es de tres clases: *eclesiástico*, *secular y mixto*: el eclesiástico es el que toca al Juez Eclesiástico para conocer de las causas que por disposiciones canónicas y Reales le competen, sea contra seculares ó clérigos: el secular es el que pertenece al lego; y el mixto es aquel, á quien corresponden los negocios sobre que ámbos Jueces tienen jurisdiccion preventiva: de suerte, que el que primero empieza á conocer, es el que prosigue.

29 Aunque regularmente debe ser demandado el reo ante el Juez de su domicilio, hay autor que exceptúa de esta regla 52 casos, de los que no solo se explicarán los tres mas freqüentes que son *por razon de contrato con sumision*, *de delito cometido*, *y de finca sita dentro de la jurisdiccion*, sino tambien algunos mas de que tratan las leyes del reyno, en los quales surte el fuero de otro Juez, sin embargo de no ser súbdito suyo, y puede ser reconvenido ante él, observándose lo dispuesto por la ley 20 tit. 21 lib. 4 R. ó 7 tit. 29 lib. 11 N. R. inserta en la I. P. cap. 28 n. 31. De estos casos el primero es por ser natural ú originario del pueblo en que se le demanda, hallándose en él: el segundo, por casamiento, y así la muger está sujeta al Juez de su marido, aunque haya nacido en la jurisdiccion de otro: el tercero, por razon de bienes heredados, pues el heredero puede ser reconvenido sobre ellos en el pueblo donde se hallan: el quarto, por contrato con sumision especial, ó promesa de dar ó hacer paga, ú otra cosa en cierto lugar, aun quando se haya formalizado la obligacion en otro; y en este caso pudiendo el reo cumplir lo pactado tiene facultad el actor para demandarle en uno de tres lugares, que son: el en que habita, ó en que celebró el contrato, ó en que prometió él ó su causante hacer la paga ú otra cosa; lo qual procede, sea la accion real ó personal, sea el contrato válido ú nulo; y aun en el quasi contrato, mas no en el distracto ó disolucion del contrato: el quinto, por haber diez años que vive y está domiciliado en su pueblo: el sexto, por poseer allí la mayor parte de sus bienes, aunque no haya diez años que reside en él: el séptimo, por contestar llanamente la demanda sin usar de la excepcion llamada declinatoria, pues entónces

(*a*) Ley 7 tit. 2 P. 1.

(*) Tambien se entiende por fuero ó fueros la compilacion de privilegios ó exênciones concedidas á alguna provincia, ciudad ó persona. Diccion de la lengua castellana.

debe seguir el pleyto ante el mismo Juez hasta su decision: el octavo, por razon de crímen, mediante á que el delinqüente puede ser demandado civil y criminalmente ante el Juez del pueblo donde le cometió: el nono, por ser vago, pues no teniendo domicilio fixo se le puede reconvenir donde se le halle; y aun quando no lo sea, si tiene muchos fueros, puede elegir el actor el que quiera: el décimo, por encontrarse en poder de alguno la cosa agena que se pide, en cuyo caso si es persona de buena fama y quiere dar fianza de estar á derecho, se le debe dexar en depósito, y no dándola se ha de depositar en otro; pero si tiene mala fama, debe ser y estar preso, aunque no la haya hurtado, hasta que pruebe el derecho que le compete á ella, y de dónde la hubo: el undécimo, por via de reconvencion, pues el actor está obligado á contestar á la que el reo le hace ante el propio Juez de éste, sin embargo de que no sea súbdito suyo, excepto en los casos que explicaré en el § 6: el duodécimo, por razon de cuentas de tutela, mayordomía, ú otras semejantes, ó uso de algun oficio público, pues se debe responder en el lugar en que se exerció éste, ó se encargáron aquellas, y ante el Juez que hizo el encargo (*a*); y el décimotercio, por haber sido alguno citado legítimamente de órden de su Juez, aunque despues de la citacion vaya á domiciliarse á otro lugar, ó á estudios, romería, peregrinacion, ó comision del Rey ó de su Consejo, porque el Juez previno la jurisdiccion para conocer del negocio, y por eso debe contestar y seguir la demanda ante él (*b*).

30 Puede ser demandado tambien el reo en la corte, y en los pueblos de las chancillerías y audiencias siendo hallado en su distrito (*c*); y aunque no se halle, se le puede obligar á contestar en los casos de corte y por las personas que gozan de este privilegio. Son casos de corte las demandas sobre bienes vinculados, ó sobre vasallos, fortaleza, muerte ó heridas de caballero principal, ú otros semejantes y de grande importancia (*d*): las civiles y criminales que contra qualesquiera personas ó concejos deduzcan los Señores del Consejo, Oidores, Chanciller mayor, Mayordomo mayor del Rey: sus Contadores mayores (hoy se llaman Ministros del Tribunal de la Contaduría ma-

(*a*) Leyes 32 tit. 2 P. 3, 15 tit. 1 P. 7, 7 tit. 3 lib. 4, y 1 y 3 t. 16 lib. 8 R. ó 3 tit. 4 lib. 11 y 1 y 2 tit. 36 lib. 12 N. R. (*b*) Ley 12 t. 7 P. 3. (*c*) Ley 4 tit. 3 P. 3. (*d*) Leyes 4 tit. 1 lib. 3 y 9 tit. 3 lib. 4 R. ó 5 tit. 2 lib. 5 y 10 tit. 4 lib. 11 N. R.

yor) Tesoreros, Notarios y Oficiales de la Real Casa, Corte y Chancillerías, Alcaldes de Corte y de Hijosdalgo, Escribanos y demas Oficiales que gozan en aquellas sueldo del Rey, solamente miéntras exercen su oficios; mas no sus Tenientes (*a*). Por lo que hace á los criados del Rey, la ley 66 tit. 4 lib. 2 Recop. cap. 4 ó 8 tit. 26 lib. 7 N. R. dice al fin: „Y asimismo revocamos lo dispuesto en la ley 9 tit. 3 lib. 4, por la qual nuestros criados pueden poner demandas en esta corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme á derecho se debiere, para que con ocasion de los pleytos no desamparen sus estados, ni continúen la asistencia en esta corte.„

31 Asimismo son casos de corte los pleytos contra el Corregidor, Alcalde ordinario, Regidor ú otro Oficial del concejo del pueblo en que exercen sus oficios, sobre los casos en que segun derecho pueden ser reconvenidos durante ellos (*b*); y contra Grandes, Duques, Condes, Marqueses, Señores poderosos que nombran Jueces, y tambien contra concejo, aunque el demandante sea otro, ó persona á quien competa el privilegio de caso de corte (*c*).

32 Gozan del privilegio de caso de corte los concejos de cabeza de partido, universidades (*d*), iglesias, monasterios, hospitales, cabildos, cofradías, y colegios de Frayles y Monjas de qualquiera órden (*e*), los pobres, los muy viejos ó enfermos, y personas miserables quando litigan con alguna poderosa (*f*), el menor de 25 años, huerfano de padre, la viuda honesta, y por consiguiente la soltera que vive recatadamente (*g*), la casada cuyo marido es inútil y pobre, ó está cautivo ó desterrado, y no la viuda que mató á su marido: lo qual se entiende, aunque dichas personas miserables renuncien el citado fuero, pues no vale su renuncia, aunque sean contumaces, y sean actoras ó demandadas (*).

(*a*) Dicha ley 5. (*b*) Leyes 21 tit. 5 lib. 2 y 8 tit. 3 lib. 4 R. ó 13 tit. 1 lib. 5 y 9 tit. 4 lib. 11 N. R. (*c*) Curia Philip. Juicio civil § 9 n. 10. (*d*) Ley 37 del Estilo. (*e*) Cur. Philip. lug. cit. (*f*) Leyes 5 tit. 3 y 41 tit. 18 P. 3 y 5 tit. 3 lib. 4 R. ó 6 tit. 4 lib. 11 N. R. (*g*) Ley 8 al fin tit. 3 lib. 4 R. ó 9 tit. 4 lib. 11 N. R.

(*) "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

33 Entre las personas miserables se comprehenden los que forman concurso de acreedores, y les ceden sus bienes, aunque sean mayores, pues miserable se llama y lo es el que ha decaido de su antiguo esplendor y fortuna. Tambien se tienen por personas miserables el que por sentencia está obligado á entregar sus bienes á otro, como sucede al que hace concurso, y el que no puede administrar sus propias cosas ni hacienda (*a*).

34 No gozan del privilegio referido las personas expresadas sino en las causas de mas de 10ʊ maravedís (*b*) (*), ni en aquellas en que se interesa la Real Hacienda, ni en las executivas, feudales y criminales, ni quando contestan la demanda ante el Juez inferior: ni quando la persona miserable llega á serlo despues de contestado el pleyto ante el Juez ordinario, ni quando tienen que dar cuenta pública ó privada; pues deben darla en donde y ante el Juez que les encargó la administracion: ni tampoco unas contra otras, por lo que si una demanda en la corte á otra, y ésta declina la jurisdiccion pretendiendo se remita la causa al Juez de su fuero, vencerá, por ser mejor su condicion: lo qual se limita en caso de que el actor sea mas mísero é infeliz que el reo, pues entónces aquel será atendido.

con 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 qualquiera daño ó perjuicio de las personas miserables, pues debe exceder en lo principal que se litiga de diez mil maravedís segun la ley 11 tit. 3 lib. 4 R." Sr. Conde de la Cañada Instit. Pract. de los juicios civiles part. 3 cap. 4 n. 18.

(*a*) Leyes 5 tit. 3 y 20 tit. 23 P. 3. (*b*) Ley 11 tit. 3 lib. 4 R. ó 5 tit. 3 lib. 11. N. R.

(*) Esta cantidad debiera ser en el dia bastante mayor, pues la ley cit. que la señala, es de los Emperadores Don Cárlos y Doña Juana, y se estableció en Madrid en el año de 1534; esto es, ha 268 años: desde cuyo tiempo acá por el incesante aumento de la moneda ha perdido mucho de su valor: de suerte que para poner demanda por caso de corte en la actualidad deberia señalarse una cantidad equivalente á lo que valian 10ʊ maravedís en el reynado de dichos Emperadores. La misma ley 11 aumentó la cantidad para el expresado efecto desde 6ʊ maravedís á los 10ʊ. "Porque somos informados, dice la ley, que á causa de llevar á las nuestras Audiencias por caso de corte muchos pleytos de pequeña cantidad, son vejados, i fatigados nuestros subditos, faciendo en seguimiento dellos muchas costas, y gastos: por ende, por lo obviar en alguna manera, mandamos que como ántes de agora no podian ir á las dichas Audiencias pleytos de seis mil maravedís, y dende abaxo por nueva demanda, de aquí adelante no puedan ponerse demandas de diez mil maravedís, i dende abaxo, sino de diez mil maravedís arriba."

35 Si el negocio es individuo y comun á dos, á uno que goza del privilegio y á otro que no, gozará éste tambien de él, como quando es mayor de 25 años y el otro huérfano menor, y ámbos poseen por indiviso alguna cosa, les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la corte al modo que el menor. Y nose debe dar carta de emplazamiento por caso de corte, sin que el que la pide, dexe Procurador conocido (*a*).

36 No pueden conocer en primera instancia los Oidores dentro de las cinco leguas de su distrito ni sacar á los reos de su fuero sino por caso de corte (*b*). Tampoco pueden ser presos ni reconvenidos en ésta los Procuradores de Cortes, miéntras exercen sus encargos, sino por derechos Reales, delitos, ó contratos que cometan ó hagan en ella, ó que contra alguno se haya dado sentencia en causa criminal (*c*). Asimismo los Procuradores que en nombre de sus concejos vienen á la corte, ó llamados del Rey ó del Consejo, no deben ser prendados en esta por las deudas de aquellos, aunque sí por las suyas propias (*d*); Y el privilegio de caso de corte no compete al no privilegiado contra el que lo es, si éste rehusa usar de él, porque de lo contrario redundaria en su detrimento habiéndosele concedido por su beneficio.

37 Los casos de corte (cuyo nombre se les dá, porque su conocimiento toca principalmente al Rey y por disposiciones legales (*e*) á su Consejo, Chancillerías y Audiencias) son de dos clases *civiles* y *criminales*. Los civiles, que ya se han referido, ó son notorios, ó no. Los notorios son los de un concejo contra otro, y los de cabildos, iglesias, monasterios, hospitales, cofradías, universidades, colegios, Grandes de España, Títulos de Castilla, Oficiales y criados del Rey; y para que se admita el recurso, basta alegarlos y pedir se tengan por notorios. Pero no siéndolo, como el pleyto del menor, huérfano, viuda y personas miserables es preciso no solo que se aleguen, sino tambien que se justifiquen dentro de los nueve dias siguientes al último del emplazamiento (*f*), pues de lo contrario no se admitirán; y la justificacion puede hacerse sin citar á la parte contraria, porque en compareciendo puede alegar y probar dentro de los mismos 9 dias no

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 2 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 3 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 21 t. 5 lib. 2 R. ó 13 tit. 1 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 10 tit. 7 lib. 6 R. ó 5 tit. 8 lib. 3 N. R. (*d*) Ley 11 sig. ó 8 tit. 31 lib. 11 N. R. (*e*) Leyes 4 y 5 tit. 3 P. 3, 11 tit. 5 lib. 2 R. ó 2 tit. 5 lib. 4 y 9 tit. 1 lib. 5 N. R. y 8 y 9 tit. 3 lib. 4 R. ó 9 y 10 tit. 4 lib. 11. N. R. (*f*) Ley 1 tit. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 7 lib. 11 N. R.

ser el caso de corte, pretendiendo se declare así y devuelva el conocimiento al Juez que entendia en el negocio.

38 Los casos de corte criminales son: la traycion contra el Rey ó su reyno, el encubrimiento de malhechores ó deudores en castillo, fortaleza, ó casa fuerte, sin querer entregarlos á la Justicia, ó en lugar de señorío ó abadengo; el delito de prender á alguno ó tomar sus bienes por su propia autoridad, la perpetracion de muerte segura, la violencia ó robo de muger, la infraccion de tregua ó camino, el incendio de casa ú otro edificio, el duelo ó desafio, el ser ladron conocido, ó dado por encartado como prófugo por el delito que cometió, la falsificacion de sello ó moneda Real, y la resistencia de concejo ó persona poderosa á la execucion que en virtud de Real provision se hace por débitos Reales (*a*). Por estos delitos pueden emplazar á qualquiera fuera de las cinco leguas de la Corte y Chancillerías los Alcaldes y Jueces de ellas (*b*): no siendo de pasar en silencio que éstos en aquellas en que lo fuéron, no pueden tener por caso de corte pleytos suyos, ni de sus mugeres, ni hijos como actores ni reos en primera instancia (*c*).

39 El heredero debe ser demandado como tal en el lugar y fuero que el difunto debia serlo (*d*), aunque aquel sea privilegiado por gracia particular del Soberano, pues su privilegio personal y privativo no le exime de responder en el fuero en que debia hacerlo su causante. Pero si el privilegio de que goza el heredero, no se ha concedido solo á su misma persona sino tambien á algun estado ó cuerpo, como al de Clérigos, Militares, viudas y pupilos, se le ha de demandar en su fuero y ante el Juez del territorio ó provincia en que vivia su causante: porque despues que el Clérigo, por exemplo, acepta la herencia, empieza ésta á contemplarse patrimonio suyo y á gozar del privilegio que compete á aquel, del mismo modo que pierde el privilegio la que le tiene, luego que llega á poder del que no le goza. Es verdad que la ley 57 tit. 6 P. I. dice: „Otrosí quando el Clérigo hereda los bienes del ome lego, é otro alguno há demanda contra aquel lego por razon de aquel aver, ó de daño que oviesse fecho, tenudo es el Clérigo de facer derecho ante aquel juzgador seglar, dó

(*a*) Leyes 8 tit. 3, 5 y 6 tit. 13 lib. 4, ó 9 tit. 4 y 5 y 6 tit. 34 lib. 11 N. R. 8 y 10 tit. 17 lib. 5, ó 5 y 11 tit. 31 lib. 11. N. R. 2 tit. 16 lib. 8, ó 5 tit. 18 lib. 12 N. R. y 4 y 9 tit. 8 lib. 9 R. ó 6 tit. 31 lib. 11 N. R. 2 4. (*b*) Ley 8 tit. 3 lib. 4 R. ó 9 tit. 4 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 10 tit. 3 lib. 4 cit. ó 11 tit. 4 lib. 11 N. R. (*d*) Ley 32 tit. 2 P. 3 verb. E la sexta.

le faria aquel, de quien hereda el aver, si fuesse vivo.,, Mas esto se entiende, quando el pleyto se movió al difunto y se le citó, pues basta la citacion, aunque no hubiese contestado la demanda: en cuyo caso y no en otro la instancia principiada con él pasa á su heredero, así como por el contrario si el lego hereda al Clérigo con quien se habia empezado la instancia ante su Juez, debe el lego proseguirla ante él.

40 Estando yacente, ó sin aceptar la herencia, como que en este caso representa al difunto, sea ó no privilegiado su heredero, se la debe reconvenir en el propio lugar y ante el Juez ante quien el difunto podia serlo, ya sea el de su domicilio, ya sea el del pueblo en donde se halla la herencia ó la mayor parte de sus bienes: de modo que si se deduce en juicio accion real, debe demandársela ante el del pueblo en que está sita: y si accion personal, ante el en donde podia serlo el difunto, ó su heredero si la hubiese aceptado.

41 Quarto requisito que debe tenerse presente para formar la demanda. El actor *no ha de excederse en pedir mas de lo que se le debe*, lo qual puede suceder de las quatro maneras que expresa la ley 42 t. 2 P. 3. Puede pedirse mas que lo que se debe, por razon de tiempo, de cosa ó cantidad, de lugar y de causa. Si pide mas de lo justo por razon de tiempo, quando se hace en el prohibido; pues como se ha dicho, no debe hacerse juicio en dias feriados sino en ciertos casos, v. gr. dar tutores á los pupilos, remover de la tutela á los sospechosos, conocer sobre alimentos si el que los pretende está indigente, dar á la viuda preñada la posesion de los bienes de su marido por representacion del póstumo, siendo pobre y careciendo de lo necesario para la conservacion de su vida y no de otra manera: la justificacion de menor edad, la apertura del testamento, la custodia de bienes del difunto para evitar su extravío y otros casos semejantes (*a*). Lo mismo procede, quando se demanda ántes que se cumpla el plazo ó condicion estipulados en el contrato, á ménos que haya causa justa, como si el marido empobrece, ó el padre disipa la legítima materna de su hijo, pues pueden pedirse ésta y la dote; ó como si el sucesor del mayorazgo pide que se declare pertenecerle éste despues de la muerte del poseedor que intenta transferir en otro su posesion. Tambien procede lo dicho, quando se pide en tiempo en que no es posible entregar lo que se pretende ni cumplirse el pacto, v. gr. el parto ó fruto que ha de nacer, hasta que nazca (*b*).

(*a*) Ley 35 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley 45 tit. 2 P. 3.

42 Pídese mas de lo justo por razon de cosa ó cantidad, si se pide cosa que el demandado no está obligado á dar, ó mas cantidad que la que realmente debe, aunque no obstante valdrá la sentencia en lo que se probare atendida la verdad: y si se pidieren tambien los frutos de la cosa sin deberse, no claudicará por esto la demanda, ni se considerará exceso, por ser cosa accesoria (*a*).

43 Se pide mas de lo que se debe por razon de lugar, quando el demandado no tiene obligacion de hacer la paga ó entrega en aquel en que se le demanda, si no es que nunca se le encuentre en el de su domicilio, pues entónces en qualquiera en que se halle, puede ser reconvenido, para que por su malicia no pierda el acreedor su deuda.

44 Finalmente pídese mas de lo que se debe por razon de causa ó manera: por exemplo si el demandado tuviese obligacion de dar al demandante de dos cosas la que aquel quisiese, y éste eligiese, ó si el demandado hubiese prometido genéricamente dar ó hacer algo, y el demandante pretendiese específicamente cosa determinada (*b*).

45 Si el actor se excede en su pretension de qualquiera de los quatro modos expresados, no por error sino por dolo, y no modifica su demanda segun lo justo ántes de la contestacion, ó no se aparta de lo que pidió de mas, ni es menor, el qual ha de gozar del beneficio de la restitucion, deberá ser condenado en costas y perderá la deuda principal (*c*).

46 Quinto requisito. El actor ha de mirar *por qué derecho y razon pretende la cosa que pide, y qué documentos tiene para obtenerla en juicio*; pues sino le compete ninguna accion á ella, y el reo forma artículo de no contestar, se declarará que no es parte para pedir; y aunque la tenga, sino la justifica, y el reo la niega, será reputado litigante de mala fé, como que no tuvo causa justa para litigar, y se le condenará en costas (*d*), aun quando el reo tome en sí el cargo de probar que no debe lo que se le pide; pero si la probare plenamente, aunque luego sean reprobados los testigos y tachados no por razon de delito sino de sus personas, no deberá ser condenado en las costas.

47 Sexto y último requisito que debe tener presente el actor es, *cómo ha de ordenar la demanda*. Esta segun la ley debe contener el nombre del Juez (*), el del actor, el del demandado (**), la cosa, can-

(*a*) Ley 43 tit. 2 P. 3. (*b*) Dicha ley 45. (*c*) Ley 44 tit. 2. P. 3 (*d*) Leyes 39 tit. 2 P. 3 y 14 tit. 8 lib. 2 R. ó 4 tit. 19 lib. 11 N. R.

(*) En el dia no se pone en las demandas el nombre del Juez.

(**) Expresando de donde son vecinos.

tidad ó hecho que la motiva, y la causa ó razon porque pide. Esto último debe expresarse con especialidad en la accion personal (*a*), y aunque en la accion real no es necesario que se mencione, y basta decir que le pertenece el dominio ó propiedad de la cosa, señalándola de modo que pueda ser conocida; es útil, pues si por la razon que propone, no se sentencia el pleyto á su favor, puede pretenderla por otra que no se haya expresado en la demanda, de lo qual se imposibilitará omitiéndola, porque es visto haberla pretendido por todas aquellas, porque le competia ántes de la sentencia (*b*); aunque si hace constar que despues de pronunciada ésta nació ó tuvo noticia de otra causa justa para pretender la cosa, podrá pedirla y será restituido por entero.

48 Ha de pedir tambien expresamente que se condene al reo á la satisfaccion de los frutos de la cosa litigiosa, si le tocan, y de los intereses y menoscabos si los hubiere; como asimismo en las costas para que por su silencio no las pierda, caso que el reo deba ser condenado á su solucion; á cuyo fin estimará aquellos en la demanda, pues justificándolos en la prueba, puede el Juez dar sentencia sobre todo y moderarlos, si le parecieren excesivos, pero no cometer este acto á contadores ó partidores, porque le está prohibido (*c*).

49 Si el reo es fallido, ó se presume que haga fuga, puede pretender el actor que arraygue el juicio; mas para que pueda mandarse así, debe hacer constar primero su deuda por uno de tres medios que son: por confesion del mismo reo, por informacion de testigos á lo ménos sumária, ó por escritura, pues de otra manera no se debe deferir á su solicitud, y constando por uno de ellos, está obligado el reo á dar fianza lega, llana y abonada, ó si no halla fiador, á jurar que estará á derecho hasta la conclusion del juicio (*d*); bien que si empeoró de situacion despues de contraida la deuda, sea esta líquida ó no líquida, háyase constituido puramente, á dia cierto, ó con condicion, puede ser encarcelado no dando fiador (*e*) en caso de no gozar de fuero que le exima de serlo.

50 Ninguno puede ser compelido, regularmente hablando, á demandar á otro sino quiere; pero si le infama, puede apremiarle á ins-

(*a*) Ley 40 tit. 2 P. 3 cap. fin. Libelli oblat. (*b*) Leyes 25 y 27 tit. 2 P. 3 y 4 tit. 2 lib. 4 R. ó 4 tit 3 lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 52 tit. 5 lib. 2 y 20 t. 9 lib. 3 R. ó 6 y 7 tit. 16 lib. 11. N. R. (*d*) Leyes 41 tit. 2 P. 3 y 66 de Toro. (*e*) Ley 2 tit. de los Emplazamientos lib. 2 del Fuero Real.

tancia de éste el Juez de su domicilio á que ponga su demanda y la pruebe, prefiniéndole término para ello, ó precisándole á que se desdiga; y no queriendo comparecer le apercibirá é impondrá perpétuo silencio con pena, y se le exîgirá en caso de reincidencia (*a*). Lo propio milita, quando alguno quiere hacer viage con mercaderías, y otro por hacerle mala obra se jacta de que le está debiendo alguna cantidad, y le demanda fraudulentamente: en cuyo caso el Juez debe apremiarle y prefinirle un breve término para que pruebe su accion, aunque no imponerle perpétuo silencio como en el caso precedente; y no probándola en el que le prefina, no ha de ser oido hasta que el otro regrese de su viage (*b*).

51 La acumulacion de acciones es de dos maneras, *propia é impropia*: la propia ó simultanea es union de diversas acciones propuestas y deducidas en un mismo juicio, tiempo y demanda; y la impropia ó sucesiva es la que se hace en diverso tiempo y demanda hasta la contestacion del pleyto.

52 En una demanda puede proponer y acumular el actor contra uno ó mas sugetos muchas y diversas acciones civiles ó criminales por distintas causas y razones, con tal que no sean contrarias entre sí, pues si lo son, es necesaria para ello nueva instancia é interpelacion (*c*).

53 Quando los derechos son tales que no se quitan por la eleccion, se pueden proponer subsidiaria y condicionalmente en una demanda dos remedios contrarios, como alegar que el testamento es nulo, y caso que sea válido, que es inoficioso: ó que es nulo el contrato, y que quando no se estime por tal, al ménos debe ser restituido el contrayente, por haber sido leso en él.

54 Tambien puede pretender á un tiempo el actor la propiedad y posesion (*d*), aunque lo mejor es pedir solo ésta, así por ser mas fácil de probar y mas dificil el quitársela, tenga ó no título para ella, como porque si la pierde, le queda el remedio de la propiedad; y al contrario siendo condenado en el juicio petitorio no puede intentar el posesorio, porque aquel abraza á los dos (*e*).

55 No se pueden acumular las acciones, quando una depende de la otra, como si el que con título de heredero quiere cobrar deu-

(*a*) Ley 46 tit. 2 P. 3. (*b*) Ley fin. tit. 2 P. 3. (*c*) Ley 7 tit. 10 P. 3 que al principio dice: »Poner puede alguno muchas demandas contra su contendor, mostrándolas, é razonándolas todas en uno, solo que non sea contraria la una á la otra: cá si tales fuessen, non lo podria facer. (*d*) Leyes 27 tit. 2 P. 3 y 4 tit. 2 lib. 4 R. o 4 tit. 3 lib. 11 N. R. (*e*) Leyes 27 y 28 tit. 2 P. 3.

da hereditaria, pide despues se le declare por heredero; pues primero debe hacer constar serlo que intentar la cobranza, y así no se le admite: ni quando las acciones son tales, que la eleccion de la una excluye ó extingue la otra: ni quando se oponen de tal suerte, que la sentencia absolutoria dada en la una produce excepcion de cosa juzgada en la otra: ni quando son contrarias en el exercicio y no en el orígen, pues siéndolo solamente en éste no cesa la una por la eleccion de la otra.

56 Lo propio sucede, quando la una es *perjudicial*. Llámase perjudicial una causa, quando la sentencia dada en ella produce real y verdaderamente, ó puede producir excepcion de cosa juzgada en otra (*): ó quando es mayor y por razon de su mayoría no admite consigo otras: ó es de mayor perjuicio ó prelacion en quanto al órden judicial, por no poderse seguir ámbas sin invertir éste: ó no son compatibles: ó quando la una es universal; v. gr. la peticion de herencia, y la otra particular; v. gr. de una cosa de ésta: ó una es de cosa principal, v. gr. sobre el dominio de la cosa, y la otra accesoria, v. gr. sobre sus frutos y servidumbres: ó una civil de una cosa y la otra criminal de otra, y en otros varios casos.

57 Pero si se ponen muchas acciones que miran á diversos fines y de ninguna manera son contrarias entre sí, se deben acumular, como quando uno pretende ciento por razon de venta y otros ciento por la de mutuo, sino es que haya mayoría entre ellas, v. gr. si la una es civil y la otra criminal, en cuyo caso como que ésta es mayor, por interesarse el bien público en el castigo de los delitos, se ha de proseguir y finalizar suspendiéndose hasta su decision la civil.

58 Lo mismo procede siendo diversas en número y especie como las de comodato, depósito y arrendamiento, ó solamente en número, v. gr. quando uno es heredero y partícipe con otros en muchas herencias, y tienen varias compañías y depósitos, pues en el primer caso se acumularán en diversas demandas, y en el segundo en una, de suerte que habrá una conclusion, juicio y sentencia. Y no teniendo lugar la acumulacion, debe el reo oponer esta excepcion porque no oponiéndola, valdrá, á ménos que el actor proponga al principio una de las que cesan por la eleccion, en cuyo caso aun sin oponerla

(*) De suerte que perjudiquen aun á los que no han litigado entónces, sin embargo de que generalmente el juicio determinado con unos no perjudica á otros. Puede verse sobre esto la ley 20 tit. 22 P. 3.

no se deben acumular, porque con la eleccion de la una queda suprimida *ipso jure* la otra.

59 El actor puede demandar civilmente á muchos en un escrito por una misma cosa ó hecho, ó por varios. Tambien puede intentar muchas acciones criminales juntas contra uno por distintos delitos no por uno solo; ni tampoco contra dos ó mas personas, sino que sea por su própia injuria ó de los suyos (*a*); mas por un delito puede acusar á un tiempo á muchos cómplices.

60 Quando por un hecho ó delito competen al actor las dos acciones civil y criminal contra el reo, como por hurto, mala versacion y extravío de caudales, puede elegir la que quisiere, pues no se le permite usar principalmente y á un tiempo de ámbas.

61 Esto se amplia en primer lugar, quando la una es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella produce excepcion de cosa juzgada en la otra: en segundo lugar, quando del mismo hecho resultan varias acciones; y en tercer lugar, quando el turbado en la posesion intenta el remedio civil, pues miéntras dura, no puede intentar el criminal: de suerte, que hasta que se termine en el juicio la accion que propuso, sea civil ó criminal, y se execute la condenacion, no ha de intentarse la otra.

62 Pero se limita en caso que haya usado principalmente de la criminal, y en el propio escrito por un otrosí, ó por incidencia de la civil, pues si intentó ésta principalmente, no puede intentar por conseqüencia la criminal, hasta que la civil se concluya, reservándose á este efecto usar de ella á su tiempo, que es despues de sentenciada la primera (*b*).

63 Se entiende principiada ó elegida la accion civil expresamente, quando el actor la deduxo en demanda formal, pretendiendo se condenase al reo á la restitucion de los intereses, daños y cosa hurtada, ó su importe; y tácitamente, quando en el primero y demas pedimentos en que solicita que el reo ó testigos declaren al tenor de varios particulares, ó que se practiquen otras diligencias para deducirla en su vista, especifica y manifiesta que es para el fin de reintegrarse de sus intereses.

64 Y se dice incoada la accion criminal, quando en dichos pedimentos expresa que es para que se castigue al reo, pues como en los juicios se debe proceder con lisura y verdad, aunque estas dili-

(*a*) Ley 2 tit. 1 P. 7. (*b*) Ley 18 tit. 14 P. 7.

gencias no son mas que actos preparatorios, los pedimentos en que se pretenden manifiestan la intencion del actor y eleccion de la accion; de modo, que aun quando despues se retracte de qualesquiera palabras que aludan á declarar, y quiera intentar la otra, no se le admitirá, y deberá seguir la empezada: lo qual he visto declarado por la Sala de Alcaldes de esta corte confirmando el auto de otro, en que habia mandado repeler la demanda criminal de unos autos suscitados sobre extravíos de caudales y reservarla en el oficio para su tiempo, y al actor que usase de la que correspondia segun el estado de la causa.

65 Pero si en los pedimentos preparatorios protesta usar, evacuadas que sean las diligencias pedidas, de las acciones civil y criminal que le competen, y resulta probada por ellas la criminalidad, puede hacerlo: no resultando esto en bastante forma debe hacer uso de la civil, y si en la sentencia fuere condenado el reo, pretender despues su castigo, ó imponerle el Juez de oficio; porque como para proceder criminalmente contra alguno no basta la presuncion de que hay delito, sino que es preciso que conste clara, real y verdaderamente haberse cometido, ha de intentarse primero la accion civil, y luego proceder y pedir con arreglo á la sentencia que se dé acerca de ella.

66 Si el actor deduce su accion civil, y el reo propone despues principalmente acusacion criminal contra él, se debe suspender la civil, y decidir ántes la criminal, por ser ésta perjudicial y mayor que aquella; y decidida la criminal perjudicial por la absolucion puede procederse en la civil, mas no, si es por condenacion, pues entónces perjudica la sentencia á la civil; pero si la criminal no es perjudicial, de modo que la sentencia dada en ella no produce excepcion de cosa juzgada en la civil, definase por absolucion ó por condenacion, puede intentarse la civil, decidida que sea la criminal.

67 Lo propio milita en la civil, si es perjudicial á la criminal; pues aunque ésta es mayor, tiene mas vigor el perjuicio y presta impedimento mas fuerte que la mayoría; como si me acusas de adúltero, y digo que eres mi esclavo, en cuyo caso primero se ha de conocer y determinar acerca de la libertad, porque siendo mi siervo no puedes acusarme.

68 Es tan constante lo expuesto, que así como el acusado criminalmente miéntras se trata de su criminalidad y hasta que se decida, no puede reconvenir civilmente á su acusador, para que no se distraiga de la prosecucion de su juicio, porque se interesa el público en

que no queden impunes los delitos; así tampoco el acusador puede reconvenir civilmente al acusado, aunque las causas sean enteramente diversas, lo uno para que con este motivo no se halle impedido de hacer sus defensas, y lo otro por razon de la mayoría de la criminalidad.

69 Mas los AA. limitan esto, en primer lugar, quando importa al reconvenido que se sobresea, y no de otra forma: en segundo lugar, quando la accion criminal es perjudicial, no quando no lo es, y ántes bien son compatibles, porque entónces en ámbas se ha de proceder para abreviar los pleytos, aunque primero se ha de expedir la criminal: en tercer lugar, quando ésta se pone manifiesta y no presuntivamente con solo el fin de que se suspenda la civil; y en quarto lugar, quando el acusador por su culpa ó negligencia tardó mucho tiempo en poner la acusacion al actor que le demandó civilmente, en cuyo caso se presume que procede con malicia por calumniarle.

70 Sobre quando se puede decir que fué demasiado negligente el acusador, estan discordes los AA. por no haber ley que lo declare. Unos dicen que se debe tener por tal, si esperó á deducir la criminalidad despues de la contestacion de la demanda civil, otros si no lo hizo hasta la conclusion de ésta, y otros afirman que despues de pronunciada la sentencia se puede proponer, y el efecto será diferir su execucion hasta que se determine sobre el crímen, como quando toda la fuerza y prueba del actor consiste en testigos ó instrumentos, y por ellos se ha de sentenciar; pues entónces si por su falsedad se revoca segun derecho la sentencia (*a*); con mayor razon se debe diferir su execucion hasta que se determine sobre la falsedad, por ser mejor evitar el daño que tener que buscar el remedio despues de sucedido. Mas esta diversidad de pareceres puede concordarse, diciendo que quando la falsedad que se opone despues de la conclusion ó sentencia, consta evidentemente, ó aparece por indicios muy claros y presuntas indubitables conforme á derecho, ó se puede probar incontinente, en cuyos casos no se verifica malicia; se ha de sobreseer en la causa primera, sea civil ó criminal.

71 En quinto lugar se limita lo expuesto, quando se propone la acusacion no solo contra los testigos ó Escribano que hizo el instrumento, sino tambien contra el que los produce, mas no, quando no se propone contra éste; bien que algunos sientan que de qualquier modo que se objete la falsedad, se debe suspender la causa civil y re-

(*a*) Leyes 15 tit. 11, 116 tit. 18, 13 y 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 26 P. 3.

tardar la execucion segun el derecho romano: lo uno, porque tanto la excepcion como la acusacion de falsedad del instrumento es perjudicial á la causa civil, y la sentencia dada sobre aquella obsta á la que se ha de dar en esta; y lo otro por razon de la mayoría y preeminencia, por las que la causa criminal debe preceder á la civil: cuyo dictámen es mas equitativo y como tal debe seguirse, especialmente en causa criminal de tal naturaleza que pudiese recaer en ella pena capital ú otra aflictiva, pues seria sumamente iniquo y duro que por no esperarse un poco tiempo en la averiguacion de la falsedad se causase tan gravísimo é irreparable daño al acusado. Y para usar de la accion criminal contra la parte y testigos ó instrumentos se debe previamente preguntar al contrario, si quiere aprovecharse de los testigos y escrituras que produxo; y respondiendo que sí, se le pone la acusacion. Esta pregunta sirve para que si vé ántes la acusacion, no pueda arrepentirse, por no incurrir en pena de falsario, y no puede excusarse á dar respuesta categórica, ni el Juez ha de hacerla de oficio sino á instancia de la parte, ó ésta ha de hacerla por sí. Pero si aun probada la falsedad de los testigos ó instrumentos producidos tuviese el actor otros de que valerse para calificar su intencion, no se ha de sobreseer en la causa principal.

72 En sexto lugar se limita, quando se intenta la accion criminal por el reo demandado, mas no, si es por un tercero, v. gr. el fisco ó el Juez de oficio; pues en este caso no se suspende la causa principal civil, ni por ésta la criminal, si tambien es principal, porque lo que unos hacen, no perjudica ni debe dañar á otros. En séptimo lugar se limita en las causas civiles de posesion, aunque el crímen se oponga por via de excepcion, porque el posesorio es sumario y la accion criminal exîge mayor conocimiento de causa. Y en octavo lugar se limita lo dicho en el n. 68, quando la causa principal civil se puso ante el superior y la criminal ante el inferior, ó ámbas ante dos Jueces iguales en jurisdiccion, porque el igual no puede inhibir á otro igual, y mucho ménos el inferior al superior; bien que el Juez de la causa criminal puede prohibir al litigante de la civil que la prosiga hasta que aquella se difina.

73 Pero si el actor propone su accion y el reo su acusacion, no principalmente sino por incidencia ó via de excepcion para eludir su accion, como si pide el actor la herencia ó cosa donada en virtud de testamento ó donacion, y el reo para enervar esta pretension excepciona la falsedad de estos documentos; en este caso no se suspende la

causa civil, y ántes bien se debe proceder en ella, exâminar en su progreso esta excepcion como perentoria y determinarla en la sentencia segun lo justificado.

74 Si ámbas acciones ó causas de actor y reo fueren criminales, pero la segunda mayor que la primera, se ha de sobreseer en ésta, y ventilarse y resolverse aquella, y hasta que esté decidida, no se ha de tratar de la primera; pues quando un delito es mayor, hace que se suspenda el conocimiento del menor hasta su decision excepto en el caso que expresa la ley 4 tit. 10 P. 3, cuyas son estas palabras: „Mas si las demandas que face la una parte á la otra, fueren de acusamiento en que haya pena de cuerpo ó de aver; la que fuere mayor, debe primero ser oida, é librada ante que comiencen la menor á oirla. Fueras ende si el que face la menor, acusase á la otra parte en razon de mal ó de tuerto (*agravio ó sinrazon*) que fuesse fecho á él, ó á los suyos: cá estonce deven ser tales acusamientos oidos, é librados en uno.„

75 Y si dos acusan á un reo ante uno ó mas Jueces, el uno por delito grave y el otro por leve, se ha de tratar primero de este que de aquel; porque si se tratase primero del delito mayor, sucederia que el acusador del menor se quedaria sin la correspondiente satisfaccion de su injuria, y el reo sin el castigo merecido por ella, siendo así que un crímen no debe motivar la impunidad de otro.

76 En las demandas se acostumbra poner la cláusula siguiente. „Sobre lo qual le pongo formalmente la demanda mas arreglada y conforme á derecho con la protesta de ampliarla, corregirla, suplirla y moderarla siempre y quando convenga á mi parte, y con las demas que le sean útiles y conformes á justicia que pido, &c.„ Esta cláusula es muy útil para los efectos que menciona; pero sin embargo de ella una vez contestado el pleyto no puede el actor sin consentimiento del reo, con quien casi contrae, apartarse de él, añadir, ni enmendar la demanda en cosa substancial, de modo que mude la accion á otra diversa, pues para ello es precisa nueva instancia ó interpelacion. Si la mutacion ó enmienda es de aquellas para las que no solo no necesita el reo usar de nuevas excepciones y defensas, sino que ántes bien se dirige á declarar la accion, ó á moderarla, ó ampliarla, ó disminuir la cantidad pretendida en ella por las mismas causas y razones, pueden en virtud de dicha cláusula y no sin ella, así el demandante como su heredero ó cesionario hacerlo en la respuesta ó réplica al pedimento de contestacion del reo; y el Juez debe sentenciar

atendida la verdad sin hacer mérito de las sutilezas de derecho (*a*) (*). Tambien lo pueden hacer despues en el alegato de bien probado por lo justificado en la prueba con citacion contraria, lo qual es corriente, y he visto practicar y practicado en pleytos que he seguido en esta corte, porque esto no muda la accion.

77 Si dos demandan á uno por una misma cosa ó por mas, está obligado el demandado á responder al que primero le demandó, y despues al otro, y aunque el primero le venza en juicio, no debe entregarle la cosa demandada, sino es que le dé caucion y seguridad de que le defenderá del otro demandante. Y si ámbos ocurrieren á un tiempo á poner su demanda, puede elegir el Juez al que entienda tener mejor derecho, mandando al reo que conteste á éste y despues al otro; pero si la demanda fuere sobre deuda ó contrato celebrado con ámbos en diversos tiempos debe responder á aquel con quien contraxo primero (*b*).

78 Habiendo duda sobre la inteligencia de las palabras de la demanda ántes de contestarla el reo, se deben entender segun el demandante las entiende, no de otra suerte (*c*); y lo que se practica es, que si la demanda está obscura, pide el reo se mande al actor que la aclare, á lo qual se difiere, y hasta que lo hace, no la contesta aquel, ni corre el término de contestarla.

79 En todas las demandas se ponen regularmente las siete cláusulas siguientes. 1.ª *Ante V. como mas haya lugar, ó mejor proceda en derecho, digo.* 2.ª *Pongo demanda á Fulano sobre tal cosa.* 3.ª *Y aunque varias veces le he requerido extrajudicialmente me pagase, ó hiciese tal cosa, no lo he podido conseguir* 4.ª *A V. suplico se sirva condenar á dicho Fulano á que me dé ó pague tal cosa.* 5.ª *Pues así es justicia que pido.* 6.ª *A cuyo fin imploro el noble oficio de V* (*). 7.ª *Y juro lo necesario.*

(*a*) Ley 10 tit. 17 lib. 4. R. ó 2 tit. 16 lib. 11 N. R.

(*) Debe entenderse que la ley 10 cit. habla de las sutilezas ó formalidades prescriptas por derecho romano, para que por la falta de éstas no se anulen ni alarguen los pleytos: no de las solemnidades que segun nuestras leyes deben intervenir en los juicios, pues si con el pretexto de sentenciar atendida la verdad pudiera el Juez prescindir de ellas, de nada serviria establecerlas. Y si las tales solemnidades no son conducentes al fin de administrar justicia, ó de decidir las causas con acierto, deberian desterrarse de nuestra legislacion.

(*b*) Ley 6 tit. 10 P. 3. (*c*) Ley 3 tit. 33 P. 7.

(*) Esta cláusula es enteramente inútil en nuestros juicios, y seria cosa ridícula usar de ella, mayormente quando si no me engaño, no se encuentra en ninguna de nuestras leyes la no muy culta expresion, *implorar el oficio noble*

80 Estas cláusulas generales son muy útiles, aunque no todas necesarias, porque una ley recopilada (*a*) manda que valga el juicio, aun quando falten las solemnidades legales, sino es que las partes declarándolas específicamente pidan que se observen. La primera es útil, porque si se pretenden dos remedios, uno cierto y otro incierto, ó se duda del competente, como algunas veces sucede, ó la demanda es inepta ó dudosa, vale en la forma que por derecho puede valer interpretándose y declarándose del modo que sea mas favorable al actor. La segunda es precisa, sea al principio ó fin de la demanda, porque en ésta se deben expresar los nombres del actor, reo y cosa que se pretende, y siendo inepta puede el Juez no admitirla (*b*). Lo mismo puede hacer teniendo palabras superfluas, y citas de leyes y AA. porque está prohibido esto á los Abogados pena de 600 maravedís (*c*) (*);

ó mercenario del Juez. El oficio noble del Juez era entre los Romanos el que correspondia al Pretor, quien ya fuese por mas graves ocupaciones, ya fuese por razon de su dignidad, ya fuese por uno y otro, no conocia ni determinaba las causas privadas, sino que despues de ciertas diligencias preparatorias que se evacuaban ante él, designaba al litigante la accion, la fórmula de ella, y el Juez que habia de conocer y decidir su causa, en lo qual consistia el oficio mercenario del Juez. Tambien exercia el Pretor su oficio noble, quando por su propia autoridad concedia á los menores el beneficio de la restitucion, daba tutores ó curadores á los pupilos ó menores que no los tenian, hacia executar las sentencias de los Jueces y en otros casos semejantes.

(*a*) La cit. ley 10 tit. 17 lib. 4. (*b*) Ley 40 ti. 2 P. 3. (*c*) Ley 4 tit. 16 lib. 2 R. ó 1 tit. 14 lib. 11 N. R.

(*) La ley 4 que se cita, es de Don Juan I. en Birbiesca año de 1387, y de Don Fernando y Doña Isabel de Madrigal año de 1476, y por ser digno de tenerse presente su contenido la copiaré aqui. "Porque algunos Abogados i Procuradores por malicia, i por alongar los pleitos i llevar mayores salarios de las partes, hacen muchos escritos luengos, en que no dicen cosa de nuevo, salvo replicar por menudo dos, ó tres, i quatro, i aun seis veces lo que han dicho, i está ya puesto en el proceso, i aun disputan alegando leyes, i decretales, i Partidas, i fueros, porque los procesos se hagan luengos, i que no se puedan tan aina librar; i ellos hayan mayores salarios, i todo lo que hacen es escribir en los procesos, do tan solamente se puede poner simplemente el hecho de que nasce el derecho: por ende Nos, queriendo obviar á sus malicias, i desiguales codicias, é injustas ganancias ordenamos, y mandamos: que qualquier Abogado ó Procurador, ó parte principal, que replicare, i repilogare lo que está ya dado, i escrito en el processo, que peche en pena para la nuestra Cámara seiscientos maravedis; de los quales sean los ciento para el que lo acusare; i los otros ciento para el Juez ante quien anduviere el pleyto; pero bien puede decir por escrito: digo lo que dicho he, y demas agora en esta segunda ó tercera instancia, digo, y alego de nuevo tal y tal cosa; i aquesto mismo queremos que se guarde so la dicha pena en los requerimientos que en los jui-

bien que se puede contar el hecho desnudo en el ingreso del pedimento; y en la conclusion pretender la condenacion poniendo sobre ello la demanda. La tercera puede aprovechar para condenar al reo en las costas causadas ántes de la citacion primera en muchos casos, probando el actor haberle requerido extrajudicialmente; mas por sola esta razon no se le condena en ellas. La quarta es necesaria, como que es la conclusion y deduccion del derecho del actor, para que si éste no prueba todo lo que sienta en su demanda, pronuncie el Juez la sentencia sobre lo justificado, pues puede hacerlo y absolver al reo en lo demas (*a*), aunque no le relevará de hacer prueba; como asimismo para que la sentencia se arregle á la conclusion, caso que en ella pretenda una cosa y en el ingreso de la demanda refiera otra (*). La quinta suple muchos defectos de la demanda, y así no debe omitirse; pues por el hecho de *pedir justicia* (**) es visto que el que la pide,

cios, i fuera de juicio algunos hacen á los Jueces, y á los Alcaldes, ó Merinos, ó Alguaciles, que cumplan las nuestras cartas; en los quales requerimientos, assi en las responsiones de las partes, como de los Jueces, i Alcaldes, y Merinos, i Alguaciles se hacen procesos muy desordenados, y luengos, replicando las cosas muchas veces i otrosí defendemos que en el proceso no disputen los Abogados, ni los Procuradores, ni las partes principales, mas cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones, y concluso entónces cada una de las partes, ó Abogados, ó Procuradores, por palabra, por escrito ante de la sentencia, informe al Juez de su derecho, alegando leyes, i decretos i decretales, partidas, i fueros, como entendieren que le mas cumple; pero tenemos por bien que ámbas las partes no puedan dar mas de sendos escritos de alegaciones de derecho: i si fuere pedido, sean puestos en fin de dicho pleyto; pero por esto no negamos á las partes, ni á sus Procuradores, i Abogados que todo tiempo que quisieren informen al Juez por palabra, alegando todos aquellos derechos, que entendieren que les cumple: y porque esta ley es justa, mandamos que sea guardada; i de aquí adelante ninguna persona sea ossada de ir, ni pasar contra ello, so las penas en ella contenidas; y que los escritos, que en los pleytos se presentaren, vengan firmados de Letrado conoscido: i que no sean rescebidos mas de dos escritos hasta la conclusion; y que si mas fueren presentados, que no sean rescebidos; i si de hecho se rescibieren, sean ningunos; y si alguna probanza se hiciere sobre ello, que no haga fe, ni prueba." Al mismo propósito hacen la ley 34, y los autos 1, 4, 7 y 11 tit. cit.

(*a*) Leyes 43 t. 2 y 1 t. 14 P. 3.

(*) „Pero el Juez que conoce de la causa, no ha de estar tan escrupulosamente legado 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.„ Sr. Conde de la Cañada Instit. pract. part. 1 cap. 3 n. 14.

(**) Yo creo que la expresion, *pido justicia*, es siempre, ó casi siempre superflua, y que por lo tanto muy bien pueden omitirla los litigantes en sus es-

quiere arreglarse y conformarse en todo con lo que dispone el derecho (*). Y la séptima es necesaria en las causas civiles y árduas y en las acusaciones, restituciones de menores, oposiciones á las execuciones y en otros casos semejantes (*a*), porque si se omite y el contrario opone este defecto, no valdrá el juicio (*b*), pues con el juramento se excluye la presuncion de que la demanda es maliciosa (**).

81 El juramento que se hace en las demandas y sus contestaciones, se llama de *calumnia ó creencia*; y para que el principiante se instruya de los que se hacen en los pleytos, y de sus nombres y efectos los explicaré con la claridad posible. El juramento es *invocacion tácita ó expresa de Dios como verdad primera é infalible* (*c*) (***). Debe estar

critos. Fuera de que otras expresiones de éstos la hacen inútil, el Juez debe administrar justicia, pídanla ó no aquellos en dichos términos; y por otra parte es indubitado que con omitir las palabras referidas se excusarian infinitas falsedades, puesto que á cada paso *piden* los litigantes *justicia* sabiendo que es una injusticia lo que piden.

(*) Se omite por inútil lo que el autor dice acerca de la cláusula sexta.

(*a*) Leyes 23 tit. 11 P. 3 y 1 t. 6 lib. 4 R. (*b*) Ley 10 t. 17 lib. 4 R. y cap. 1 de Juram. calumn. in 6 §. 1.

(**) „Los juicios executivos son incomparablemente mas rígidos en la observancia del órden que prescriben las leyes para substanciarlos; 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.„

„Por los exemplares referidos se percibe la eficacia y valor que dan las leyes Reales á la verdad y buena fé, 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.„

„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 tomo 1 part. 1 temp. 4 n. 28: Curia Philip. part. 1 §. 11 n. 12.„ Sr. Conde de la Cañada lug. cit. nn. 23, 24 y 25.

(*c*) Ley 1 t. 11 P. 3 cap. Et si Christus, de Jurejur. Matth. c. 5.

(***) Otra definicion mas clara y extensa. Juramento es afirmacion ó negacion que se hace llamando á Dios por testigo de su bondad, ó explícitamente nombrándole, ó implícitamente en las criaturas.

acompañado de tres cosas que son verdad, justicia y juicio (*a*) (*). Se divide en *asertorio*, *promisorio y confirmatorio*. Se llama y es *asertorio* aquel, con el qual se afirma ó niega alguna cosa sin hacerse promesa. *Promisorio* es el que se hace para confirmacion y observancia de alguna promesa. Y *confirmatorio* el que se interpone para corroborar ó dar vigor á algun contrato ó acto lícito que no se opone al derecho natural ni buenas costumbres, ni cede en perjuicio del público, ni de tercero, ni de la salud eterna, porque si contiene alguna cosa de estas, no se corrobora con el juramento (*b*). Omito hablar de otras especies de juramentos como del *real*, *personal*, *absoluto*, *condicional*, *simple*, *solemne*, *comminatorio*, *exêcratorio*: de los quatro modos de hacerse que son con la mente, señales, palabras y hecho, y de otras varias cosas, por ser todas concernientes á la Teología Moral, y paso á tratar del juramento asertorio que se hace en juicio.

82 El juramento asertorio judicial es de tres clases; á saber, de *calumnia*, de *malicia* y de *decir verdad*. El de *calumnia ó creencia* es el que deben hacer actor y reo solo una vez en una instancia al principio del pleyto, ó despues en todas las causas civiles, criminales y mixtas, eclesiásticas y profanas, sea en primera ó segunda instancia, procédase sumariamente y de plano sin estrépito ni figura de juicio, ó plenariamente observando el órden y las solemnidades legales: en las civiles afirmando el actor que mueve el pleyto, porque cree tiene justicia, y que así le continuará de buena fé sin deferirle, cometer fraude, molestar, ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa, ni intenta acriminar falsamente; y el reo, que usa y usará de sus excepciones y defensas en los mismos términos.

83 Ha de mandar el Juez hacer este juramento á ámbos litigantes despues de contestado el pleyto, siempre que el uno le pida al otro expresamente (*c*); y si uno le pide dos veces al otro y no quiere hacerle, habiéndoselo mandado el Juez, y éste sentencia sin embargo la causa, á mas de ser nulo el proceso debe ser condenado en costas el

(*a*) Jerem. cap. 4.

(*) Se requiere la verdad: esto es, que sea cierto lo que se afirma ó niega, y que lo que se promete, se cumpla á su tiempo: se requiere la justicia: á saber; que el juramento recaiga sobre lo que es lícito y honesto, porque si es contra las buenas costumbres, ni obliga, ni se ha de cumplir; y se requiere el juicio: que quiere decir; que se ha de jurar con prudencia y discrecion, quando la necesidad lo exija y por cosa no leve. Vallensis lib. 2 t. 24. §. 3 nn. 4, 5 y 6.

(*b*) Cap. 28 de Jurejurand. cap. 2 de Pact. in 6 cap. 12 de Foro competent. Reg. 58 de Reg. jur. in 6. (*c*) Leyes fin. tit. 10 y 23 tit. 11 P. 3.

mismo Juez. Lo propio milita en otras cosas substanciales del juicio, quando la parte declarándolas pide que la otra las guarde, y no quiere, aunque se le mande (*a*).

84 Pero sino le piden, no se anula por su defecto el proceso, y rara vez se pide, ni hace con la especialidad referida, entendiéndose hecho con aquellas palabras: *Juro lo necesario, &c.* que se ponen al final de los pedimentos, por lo que se confunde con el de *malicia*, y los Letrados usan de éste en lugar de aquel; aunque á la verdad ámbos debieran omitirse, sin embargo de haberse introducido por la utilidad pública, y para que los litigantes no ocultasen la verdad, pues parece que mas juran cometer calumnia y proceder de malicia que evitarlas, y entónces no habria tantos perjuros, de que ningun caso se hace.

85 Deben hacer los litigantes este juramento sobre cinco particulares: sobre que creen tener justicia ó buena causa: sobre que quantas veces sean preguntados, dirán ingenua y sencillamente la verdad: sobre que no usarán de falsas pruebas ni excepciones fraudulentas: sobre que no pedirán dilaciones maliciosas en perjuicio del colitigante; y sobre que á nadie han dado ni prometido, darán ni prometerán cosa alguna por lograr el buen éxito de aquel negocio, sino á aquellas personas á quienes y lo que las leyes permiten dar (*b*).

86 Tambien pueden hacer este juramento los Apoderados, Procuradores y defensores de los litigantes por sí y en nombre de éstos, con tal que tengan para hacerle su poder especial y no de otra suerte, sean Procuradores de persona particular, ó de concejo, villa, ciudad, Obispo, Prelado, convento, ó maestre de alguna órden, si ellos principiáron el pleyto, pues si no, deben prestarle sus principales. Lo mismo procede en los tutores de menores y administradores de iglesias, hospitales, universidades y en otras personas que con autoridad legítima administran bienes agenos, quando tuvieren que demandar ó contestar en juicio por ellos. Además, si el menor es de buen entendimiento, está cerciorado del negocio sobre que se sufre el pleyto, y principió éste con otorgamiento de su tutor ó curador, debe hacer por sí mismo el juramento (*c*).

87 El juramento de *malicia*, que se acostumbra poner en las demandas, sus contestaciones y en otros pedimentos que se dan en el

(*a*) Leyes 10 al fin tit. 17 lib. 4 R. ó 2 t. 16 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes fin tit. 10 y 23 tit. 11 P. 3. (*c*) Ley 24 tit. 11 P. 3 cap. fin. de Procurat. in 6 Greg. Lop. ley 23 cit. glos. 9.

discurso del pleyto, es el que se hace, no sobre toda la causa sino sobre algun articulo ó excepcion, ántes ó despues de contextada la demanda y siempre que se presume que el colitigante maliciosamente propone la excepcion ó pide alguna dilacion (*a*).

88 El juramento de *decir verdad* es el que hacen en juicio, no solo los litigantes quando juran posiciones, ó ántes de la contestacion en los casos prescriptos por derecho, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él: los testigos sobre lo que saben y no sobre lo que creen (*); por cuya razon el que jura decir verdad, no está obligado, ni debe responder, ni afirmar sino lo que real y verdaderamente vió, oyó, conoció y percibió por los sentidos corporales, en cuya atencion los testigos deben expresar el motivo por que saben lo que deponen, si es por haberlo visto ú oido, quándo, á quién, cómo y en dónde con toda individualidad; pues no declarando de esta forma siendo preguntados, no hacen fé, ni prueba en juicio sus deposiciones, por consistir y afianzarse la virtud de éstas en la razon que dán de su dicho (*b*); y los peritos, segun lo que ven, entienden y observan en la materia litigiosa que reconocen, están obligados á decir verdad con expresion del motivo porque lo afirman segun las reglas de su arte; bien que el juramento de éstos es propiamente de creencia, como senté en el lib. 1 cap. 1 n. 11 de esta segunda parte (**).

89 Se divide el juramento asertorio judicial en *decisorio de pleyto y decisorio en pleyto* (***): el primero es aquel por el qual se decide la controversia y negocio principal, y es de tres maneras: *voluntario* ó convencional, *necesario* ó supletorio, *y judicial*. El voluntario es el que defiere una parte á la otra despues de principiado el juicio, para no proseguir la contienda, sin que le presencie el Juez (****); y se le dá

(*a*) Ley 23 tit. 11 P. 3 verb. La quinta Greg. Lop. en ella glos. 7.

(*) Muchas veces podrá deponer un testigo lo que cree ó piensa acerca del particular sobre que es preguntado, dando el motivo de su juicio, y el Juez verá atendidas todas las circunstancias que fé merece, ó qué aprecio ha de hacer de tal declaracion. La ley 26 que se cita, trahe estas palabras. „E aquel que recebiere el testigo que dice que sabe el fecho, dévele preguntar como lo sabe, faciendol decir por qué razon lo sabe si lo sabe por vista, ó por oida, ó por creencia.„

(*b*) Leyes 26, 28 y 29 tit. 16 P. 3.

(**) Habrá muchos casos en que los peritos depondrán no lo que creen ó juzgan, sino lo que saben con toda seguridad.

(***) Esta es una division tan desaliñada y confusa como otras muchas de los intérpretes, á que debiéran substituirse otras.

(****) Este juramento no es judicial, puesto que se hace fuera de juicio, y

este nombre, porque está en la voluntad de aquella en quien se defiere, el hacerle ó no, ó pedir que la otra le haga. Pero si entre las dos se pacta que le ha de hacer, no puede excusarse, ni pretender que la otra le haga, y jurando, se debe estar á lo que jure, por lo qual el juramento produce accion para el actor, y para el reo y sus sucesores si le hiciere, *excepcion* contra la pretension del actor, como asimismo para sus fiadores (*a*).

90 El juramento *necesario* es el que el Juez de oficio ó á pedimento de uno de los litigantes manda hacer al otro, quien no puede excusarse á hacerle sin causa legítima, ni pretender que el que le pide le haga; y si se resiste, se le debe dar por convicto, del mismo modo que si su contrario hubiera probado plenamente su intencion. Este juramento se llama tambien *supletorio*, porque suple la falta de prueba, y se defiere por necesidad de la bastante, en cuya atencion solo se manda hacer, quando el pleyto está dudoso, por no haber justificado plenamente su accion ó excepcion los litigantes. Por exemplo, quando los testigos dicen que han visto á Pedro prestar á Juan cierta cantidad, pero que no se acuerdan quánta fué, se defiere su importe en el juramento del actor (*b*), como debe practicarse en otros casos semejantes, y se puede mandar hacer, aunque sea despues de la conclusion, con tal que se haya pedido ántes (*c*), mas no deferirle el Procurador en el colitigante á ménos que tenga para ello poder especial ó general con libre y franca administracion en causa dudosa, pues de otra suerte ni aprovecha al que jura, ni daña al colitigante (*d*). El tutor carece de facultad para deferir en el contrario de su pupilo este juramento, excepto en el caso de que no pueda justificar con pruebas legítimas su derecho.

91 Y el juramento *judicial*, segun se llama por el lugar en que se hace, es el que á presencia y con aprobacion del Juez defiere el actor al reo, ó éste á aquel. Este juramento es tambien voluntario, porque está asimismo en la libre voluntad de aquel á quien se pide, el hacerle, ó pretender que el otro le haga; pero no debe excusarse á una de las dos cosas, y si se excusa, se le tiene por confeso y cae de su derecho, porque manifiesta con su resistencia la injusticia de su pretension,

sin embargo Febrero padece la equivocacion de hacerle miembro de la division del juramento asertorio judicial.

(*a*) Leyes 2 y 8 tit. 11 P. 3. (*b*) Cap. 32 de Jurejurand. (*c*) Ley 2 cit. cap. 2 de Probat. y cap. fin. de Jurejurand. (*d*) Leyes 4 tit. 5 P. 3 y 2 tit. 7 lib. 4 R. ó 2 t. 9 lib. 11 N. R.

sino es que tenga causa justa para resistirlo, como si es preguntado de hecho que ignora, si probó plenamente su intencion, ó si la accion propuesta por el actor es tal que el reo no puede ser reconvenido; en cuyos casos ninguno está obligado á jurar, ni puede pretender que jure quien pide el juramento (*a*).

92 Para el juramento decisorio de pleyto voluntario basta en el que le hace, lo que para jurar qualquier pacto ó transaccion, esto es, que no tenga prohibicion legal de hacerle. Para el judicial se requiere á mas de esto que le apruebe el Juez con conocimiento de causa (*b*). Mas para el *necesario ó supletorio* son necesarias cinco cosas. La primera es, que la parte no tenga prohibicion de jurar ni de pedir el juramento, que el negocio esté dudoso, y que la prueba no sea plena ó bastante, y la costumbre contraria está reprobada (*c*), porque si el actor justifica plenamente su accion y demanda, debe ser condenado el reo y no ha de admitirse el juramento (*d*). La segunda es, que la causa esté semiprobada por un testigo fidedigno mayor de toda excepcion que dé razon de su dicho, ó por otro medio legal y verosimil, pues si nada prueba el actor, debe ser absuelto el reo, aunque nada haya justificado, y no hay para que hacer el juramento, porque éste sirve únicamente de semiplena probanza (*e*). La tercera es, que la parte en quien se defiere, no sea vil ni persona en quien pueda sospecharse perjurio, sino fidedigna, y que sea sabedora de la causa y cosa por los sentidos corporales, al modo que el testigo, al qual se equipara en este caso, por lo que no se suele deferir en el heredero (*f*); como tambien que para la declaracion esté presente, ó se cite á la parte contraria. La quarta es, que la causa civil sea de corta entidad, porque en las árduas no se defiere, á no ser sobre algun incidente, ó que haya vehementes presunciones á favor del actor (*g*); como ni tampoco en las causas criminales, excepto al reo para purgar su inocencia, por lo qual en éstas se llama juramento *de purgacion* de los indicios que resultan contra él, y por los quales no puede ser condenado en definitiva, en cuya atencion el Juez le hace que jure, si cometió el delito. Y la quinta cosa es, que la probanza semiplena de una parte no se elida

(*a*) Ley 2 tit. 11 P. 3 cap. fin. vers. Quamvis de Jurejur. y cap. 2 de Probat. (*b*) Ley 2 tit. 11 P. 3. (*c*) Cap. 2 de Probat. y ley 3 t. 11 P. 3. (*d*) Cap. 2 cit. y cap. 8 de Probat. (*e*) Cap. 3 de Causa possession (*f*) Arg. cap. Testes, caus. 35 q. 9. (*g*) Quál sea ó no causa árdua ó grave, lo ha de decidir el Juez, teniendo presente entre otras cosas la calidad de las personas.

ni desvanezca por lá de la otra. Faltando alguna de estas cosas el juramento no se puede deferir.

93 El juramento en pleyto (que es propiamente de decir verdad) es en el qual por falta de prueba defiere el Juez, pues la parte no puede hacerlo, la estimacion de la cosa que se litiga, ó el daño que causó á su dueño su contrario por dolo y no lata culpa (aunque contra el tutor basta ésta), engaño, ú otro motivo justificado. Este juramento le ha de hacer el actor ó dueño de la cosa litigiosa, no el reo y por el pupilo su tutor. El menor ha de hacerle por sí propio (*a*).

94 Para que se defiera á este juramento, se requieren seis circunstancias: dolo del contrario: dificultad de probanza á mas del dolo: que quien hace el juramento esté cierto de que es verdad lo que jura, y no tenga ninguna presuncion contra sí: que se cite al colitigante para hacerle: que se haga despues de la contestacion y ántes de la conclusion de la causa; y que el que le hace, tenga edad y capacidad para ello, pues el menor, loco y pródigo no pueden pedirle ni hacerle, y por ellos lo deben hacer sus tutores; bien que si el contrario les pidiese el juramento, y le hiciesen á su favor, se debe estar á él, sea ó no verdadero, mas no, siendo contra sí, sin que por no ser verdadero se les pueda sindicar de perjuros (*b*).

95 Debe recaer este juramento sobre una de tres cosas: á saber; sobre *aficion*, sobre *interes singular*, ó sobre *verdadera estimacion ó interes comun*. Recae sobre aficion, quando el dueño jura no sobre lo que la cosa valia intrínsecamente, sino sobre el valor correspondiente al aprecio que hacia de ella, y sobre el daño que el reo le causó por el dolo de habersela substraido ó hecho perder; aunque exceda al justo valor que tenia; mas para que se estime este juramento, es menester que concurran dos circunstancias: la primera: que el reo haya sido condenado por el dolo cometido, y no quiera sin embargo restituir la cosa; y la segunda que su dueño proceda de buena fé y haga una regulacion no absolutamente arbitraria, pues ha de hacerla ante el Juez, y luego ha de mandarle éste que jure sobre aquella cantidad cierta en que la estima. Muchos ignoran esto y por no haber visto la ley hacen lo contrario. El tutor puede hacer este juramento por su pupilo, si quisiere, y no de otra suerte (*c*).

96 Recae dicho juramento sobre *interes singular*, quando por no

(*a*) Leyes 5 tit. 11 P. 3 y 4 §. 1 ff. de In litem jurand. (*b*) Leyes 3, 6 y 7 tit. 11 P. 3. (*c*) Leyes 5 tit. 11 P. 3 y 4 ff. de in litem jurand.

haber pagado el reo al actor en el plazo estipulado lo que le debia, fué condenado éste á instancia de un acreedor suyo en alguna pena pecuniaria, ó se le vendiéron sus bienes, pues el actor puede jurar sobre el interes singular y perjuicio que le ocasionó la morosidad del reo. Y recae sobre *verdadera estimacion*, quando por dolo del reo pierde el actor alguna cosa, y jura quanto valía justamente, á cuya satisfaccion debe aquel ser condenado (*a*).

97 Resistiéndose el tutor acabada la tutela á dar cuenta de ésta al menor que ya es mayor, ó á quien tenga su poder, ó á entregarle el inventario de sus bienes, éstos y sus títulos, puede el menor hacer contra él el juramento en pleyto, así sobre aficion como sobre interes singular. Lo propio puede hacer, si prueba que por su culpa, aunque no hubiese dolo, se le menoscabáron algunos de sus bienes, lo qual es especial en el tutor; mas contra sus herederos no ha lugar á dicho juramento; por lo que solo averiguando el Juez el valor de los bienes y sus frutos, lo debe condenar á la entrega de su importe, haciendo primero la regulacion, y que luego jure el menor que valian la cantidad en que los estimó, y no de otra suerte en ámbos casos; bien que si por engaño ó culpa de los herederos se le menoscabáron sus bienes, puede jurar contra ellos del propio modo que contra el tutor (*b*). Y lo mismo puede hacer, quando éste contestó la demanda ántes de morir.

98 Todo juicio ó pleyto civil ordinario se debe empezar por demanda y contestacion, y no por declaracion jurada del demandado, excepto que el demandante, si omite esta diligencia, no pueda continuarle, en cuyo caso puede hacerle las preguntas concernientes á entablar su demanda, como lo expresa la ley 1 tit. 10 P. 3 al principio. „Ciertas preguntas son las que puede facer el demandador sobre la cosa que quiere facer su demanda, ante que el pleyto se comienze. E son de tal natura que si el demandador non las ficiesse en aquel tiempo, é otrosí el demandado non respondiesse á ellas, que non podrian despues ir adelante por el pleyto ciertamente (*c*).„ Así pues, el Juez admite al actor las preguntas concernientes al pleyto, y manda que el reo satisfaga á ellas ántes de poner la demanda, como repetidas veces lo he visto, por ser conveniente para fundamentar ésta.

(*a*) Ley 5 cit. (*b*) Ley 6 tit 11 P. 3. (*c*) La tercera siguiente dice: „Comenzamiento, é raiz de todo pleyto sobre que debe ser dado juicio, es quando entran en él por demanda, é por respuesta delante del juzgador.

Preguntas concernientes al pleyto son por exemplo la que se hace â quien se quiere demandar como heredero de alguno, de si lo es ó no, y en qué parte de herencia: la que se hace al padre por el peculio de su hijo, de si éste le tiene ó no; y la que se hace á qualquiera que se intenta demandar, de si tiene ó no 25 años, para en caso de no tenerlos, pedir que ante todo se le provea de curador de pleyto, con quien se substancie el juicio, sea civil ó criminal: á cuyas preguntas y otras semejantes segun la clase de demanda se debe responder clara y categóricamente (*a*).

99 Pero ni el reo ni el actor están obligados á responder, quando las preguntas son impertinentes á la causa, sobre punto de derecho, quando goza de fuero y no es suyo el Juez que conoce de ella, sobre los derechos del actor, quando no es preguntado por via *de posicion* sino *de interrogacion* sobre el negocio principal (*), quando en su hecho propio se le pregunta del ageno, sea civil ó criminal, sobre lo que consiste en su mero ánimo no declarado con hechos ni palabras, ó tratándose de reivindicacion, sobre si posee la cosa ó finca con buena ó mala fé; y en otros casos semejantes (*b*).

100 Tampoco debe principiarse por seqüestro ó embargo de bienes ni por intervencion (**) que en el efecto viene á ser lo mismo, sino en cinco casos que son: el primero, por convenio de los litigantes: el segundo, quando la cosa litigiosa es mueble, y quien la tiene, sospechoso, por lo que se presume haga fuga ó la deteriore, ó si son frutos de alguna finca, que los consuma; y al Juez toca decidir sobre qual se reputa sospechoso, precedida informacion sumaria ú otra justificacion, por militar la misma razon que para arraygar: el tercero, quando el condenado difinitivamente á entregar la cosa apela de la sentencia, y su contrario recela de él lo que se ha dicho en el segundo caso: el quarto, quando el marido disipa la dote de su muger, en cuyo caso acreditándolo ésta, debe el Juez deferir á su pretension, haciendo se entregue su dote á ella ó á otra persona para que la administre y le contribuya con sus frutos: el quinto, quando el

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 10 P. 3.

(*) Esto se entenderá viendo el n. 246.

(*b*) Ley 2 tit. 12 P. 3.

(**) Se llama en lo forense la asistencia de algun sugeto puesto por auto de Juez ó superior en arrendamientos ú otros negocios, en órden á que sin él no se execute cosa alguna: lo qual llaman poner intervencion en la renta. Diccion. de la leng. Castell.

hijo preterido ó exheredado injustamente pretende su legítima; pues si su hermano instituido heredero único rehusa entregársela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles, de que el hermano está apoderado (*a*).

101 Asimismo no debe principiarse por informacion de testigos á instancia del actor ántes de la contestacion, sino es que de omitir la recepcion de sus dichos, pueda perder su derecho por falta de justificacion, como quando son muy viejos, lo qual queda al arbitrio del Juez, ó están enfermos y se teme su muerte, ó tienen que hacer larga ausencia del pueblo, ú haya otros motivos justos para ello; pues en estos casos pueden ser exâminados previamente con citacion de la parte contraria, y si ésta no se halla en el pueblo, ó aunque esté en él, si rehusa presenciar su juramento, no ha de dexar por eso de admitirlos (*b*), y hará fé su dicho siendo idóneos y fidedignos.

102 Mas por parte del reo se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan y exâminen ántes de la contestacion, aun quando no haya las causas referidas, especialmente despues de tomada la declaracion al contrario que está negativo; y lo propio milita á instancia del actor, porque la declaracion sucede en lugar de contestacion, como varias veces lo he visto practicar en esta corte. Tambien se admiten en causas criminales y de pesquisa, sobre capítulos contra los Jueces ú otros comisionados del Rey sin citar á los reos, y en otros casos que traen las leyes (*c*); pero en este último es menester que el capitulante firme el memorial de capítulos y afiance de calumnia ante todas cosas (*d*).

103 Igualmente se admiten, quando el padre adoptivo prometió algo á su hijo delante de testigos (*e*), y sobre las excepciones dilatorias como recusaciones de Jueces togados ó eclesiásticos para probar las causas de su recusacion, pacto de no pedir, pleyto acabado sobre lo mismo que se pretende, privilegio obtenido con vicios de obrepcion y subreccion, y en otros muchos casos citando en ellos á la otra parte (*f*).

(*a*) Ley 1 tit. 9 P. 3. (*b*) Leyes fin. tit. 10 y 2 tit. 16 P. 3. (*c*) Leyes 3 y 6 tit. 16 P. 3, y 10 y sig. tit. 7 lib. 3 R. ó 5 y 6 tit. 13 lib. 7 N. R. (*d*) Ley 64 tit. 4 lib. 2 R. ó 7 tit. 33 lib. 12 N. R. Bobadill. lib. 5 Polit. c. 2. nn. 92 y sig. (*e*) Ley 4 tit. 16 P. 3. (*f*) Ley 7 tit. 16 P. 3 y el tit. 10 lib. 2 R.

§. III.

De la citacion ó emplazamiento con la demanda, y de quántas maneras puede hacerse.

104 Presentada la demanda se ha de citar al reo y conferírsele traslado de ella. La citacion ó emplazamiento es *verbal*, *real*, *y por escrito*. La verbal *es un llamamiento jurídico que el Juez hace al demandado, para que comparezca ante él á defenderse, ó á cumplir algun mandato suyo.* (*a*) Es el principio, raiz y fundamento substancial del órden del juicio, y se ha introducido por todos derechos como indispensable para la defensa del reo (*b*); por lo que la primera no debe omitirse, ni en ello puede dispensar el Papa, Príncipe, ni ley, y si se omite, es nulo el juicio, á no ser que el demandado ocurra por sí ó por su Procurador ántes de hacerse, pues entónces es superflua; bien que puede alterarse ó variarse el modo de hacerla, y quitarse las demas de la causa como introducidas por derecho positivo para la preparacion de la sentencia. Y para citar, tomar declaracion, ó practicar otra diligencia con persona condecorada por su dignidad, jurisdiccion ú otro motivo, debe preceder el darle recado de atencion, aunque en el auto ó despacho no se mande, porque la justicia no se opone á la urbanidad.

105 No solo debe citarse al principio del pleyto al demandado, sino tambien á todas las personas de cuyo perjuicio se trata principalmente en el juicio; y sino se hace así, tal vez por ignorarse quiénes son, se puede pretender su citacion en qualquier estado del pleyto; formando artículo sobre ella, especialmente quando de omitirse se puede seguir perjuicio al que la pretende: en cuya atencion el Juez debe deferir á esta solicitud ántes de pasar adelante sin reservar la determinacion sobre el artículo para difinitiva; y sino lo hace, se puede apelar, como se executorió á instancia mia por la Sala de Justicia del Consejo revocando el auto de un Señor Ministro de él, por haber reservado para difinitiva la decision sobre que se citase á otra al juicio, segun habia pretendido mi parte á conseqüencia de su prueba despues de haber alegado el actor de bien probado.

106 Pero no es necesario citar á las demas personas, á quienes accesoria ó secundariamente puede seguirse perjuicio, aunque será útil

(*a*) Leyes 1 al princip. t. 7 P. 3 y 3 t. 3 lib. 4 R. ó 14 t. 4 lib. 11 N. R.
(*b*) Proœm. del tit. 7 P. 3.

para que les perjudique la sentencia. Así pues, en los pleytos de mayorazgo basta que se cite á su poseedor, en los de arrendamiento y comodato debe citarse al señor y no al arrendador ni comodatario, sino es que otro se le haya prestado ó arrendado, que entónces como á tercero se le debe citar igualmente para que use de su derecho: en los de jurisdiccion entre dos Señores no es necesario citar al pueblo, ni en el suscitado sobre cosa dotal, á la muger, por ser suficiente que se substancie con el marido como administrador legítimo que es dueño de sus bienes, y así se practica.

107 El citado debe comparecer ante el Juez que le mandó citar, aunque goce de privilegio, en cuyo caso no siendo competente le ha de manifestar el que tenga (*a*); y no pudiendo ser hallado en su casa, se ha de hacer saber en ella la demanda á su muger, hijos, ó criados, si los tuviere, y en su defecto á los vecinos mas cercanos, para que se lo participen, quando venga (*b*); pero no es preciso que dicha comparecencia sea personal, pues basta se haga por Procurador, porque en las causas civiles, sean ordinarias, executivas, ó sumarias, ninguno está obligado, ni puede ser compelido á comparecer personalmente ante el Juez, sino solamente por Procurador ó Apoderado con suficiente poder, y los emplazamientos expedidos en contrario, no valen (*c*); por lo que se deben expedir para que comparezca por sí ó por su Procurador con poder bastante, segun se observa. Y no siendo suyo el Juez no es menester que comparezca con pedimento ante él, y será suficiente que en el acto de la notificacion exhiba el título privilegio de exéncion de su jurisdiccion al Escribano, quien ha de poner en ella lo que resulte de él y devolvérsele, á lo qual no debe excusarse, y así se practica en esta corte.

108 En caso de no hallarse al que se ha de citar, lo que se observa, sin embargo de no ser rigorosamente preciso, porque las leyes no lo mandan, es hacer el Escribano tres diligencias en diversos dias y en diferentes horas cómodas en que los hombres segun la costumbre del pueblo suelen estar en sus casas, poniéndolo por fé cada dia con la respuesta que se le haya dado; y en vista de todo acude el actor al Juez con pedimento en que refiere lo acaecido, pretendiendo mande dexarle cédula ó memoria por escrito con la expresion competente, y declare en su conseqüencia por hecha la citacion, como si fuese en

(*a*) Ley 2 tit. 7 P 3 (*b*) Leyes 1 tit. 7 P. 3 y 1 tit. 16 lib.4 R. ó 1 tit. 2 lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 3 tit 7 P. 3 y 25 tit. 3 lib. 4. R.

persona, para que le pare el mismo perjuicio y no alegue ignorancia: á lo qual defiere el Juez mandando que primero se practique otra diligencia en su busca, con cuyo acto queda citado, y no es menester buscarle por el pueblo, como lo previene la ley. Despues da fé de todo y lo pone por diligencia el Escribano en los autos con expresion de la persona á quien entregó la cédula, y de las horas en que fué á buscarle, lo qual basta para prueba de la citacion. Y si el reo no puede ser habido, ni tiene casa en el pueblo, ha de ser llamado por edictos ó pregones (*a*), de cuyo medio es necesario valerse, quando las personas á quienes debe citarse, son inciertas, ó aunque ciertas, tantas que sin dificultad no pueden ser habidas ó conocidas para hacerles la citacion, y así se observa.

109 Haciendo la citacion el portero mayor del Juez ha de justificarla con un testigo para que se le crea, y si es el menor, con dos, pero nada de esto es menester haciéndola el mismo Juez ó Escribano, pues deben ser y son creidos.

110 Si el que ha de ser citado es menor, se le debe proveer de curador de pleyto, esté ó no en el pueblo, en los términos explicados en los nn. 16 y 18, con el qual y no con el menor se han de entender no solo la primera citacion sino tambien todas las diligencias que ocurran en el juicio (*b*) hasta su decision.

111 Y si está domiciliado en territorio de otro Juez, puede el de la causa (suponiendo tiene jurisdiccion para conocer de ella por alguna de las razones expuestas en el n. 29), ir por sí mismo á citarle, ó expedir requisitoria de emplazamiento, ó letras exhortatorias á dicho Juez á instancia de la parte, ó de oficio, si no la hay, para que mande hacer la citacion (*c*); y esto último es lo que se observa entre Jueces inferiores, y no lo primero sin embargo de la disposicion terminante de la ley 7 citada; mas no por los superiores, pues éstos citan por medio de sus despachos y de qualquiera comisionados, como que tienen jurisdiccion en todo el reyno ó provincias demarcadas á cada tribunal, tomando ántes el cumplimiento del Juez del pueblo. Y el Juez debe señalar al reo en la requisitoria término competente para comparecer, y perentorio, como si fuese asignado por tres, sin que el actor tenga que acusar las rebeldías mas que al fin del prefinido (*d*), y esto es lo que se practica.

(*a*) Ley 1 cit. (*b*) Leyes 11 y 12 tit. 1 P. 3. (*c*) Ley 7 t. 3 lib. 4. R. ó 3 tit 4 lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 1 y 2 t. 2 lib. 4 R. ó 12 y 13 t. 4 lib. 11 N. R.

112 Siendo delegado ó comisionado el Juez que entiende en el negocio, debe incorporarse en la requisitoria el título ó comision que tiene, ó por lo ménos dar fé de serlo el Escribano de la comision, pues de otro modo no la acredita, ni se presume tenerla, y el requerido puede negarle el cumplimiento, lo qual no es necesario siendo ordinario, por ser notoria su jurisdiccion, como que el derecho se la concede.

113 Pero sea ordinario ó delegado, se deben insertar en la requisitoria el poder de la parte, si le hay, la demanda, el papel ó escritura en que se funda, el auto, y los demas documentos correspondientes y justificativos, y tambien la sentencia segun sea el estado en que se expide; y en las causas criminales ha de contener la prueba del cuerpo del delito, y de que es reo aquel contra quien se dirige, y legítimo el Juez para conocer de la causa á fin de que el requerido no tenga reparo en cumplimentarla, como debe hacerlo (a); pues faltando estos requisitos puede denegarle el cumplimiento sin incurrir en pena.

114 La requisitoria ó despacho de emplazamiento ú otro qualquiera ha de estar tres dias naturales despues de aquel en que se concluyéron las diligencias que previene, en el juzgado en que se presenta, para lo qual no es necesario dar pedimento, á fin de que en ellos pueda el sugeto contra quien se dirige, pedir su retencion, si tiene fundamento legal para ello como por incompetencia de jurisdiccion ú otro, y pidiéndola se le debe entregar. Si pretende que se retenga, parece se deberá substanciar con el que la presentó, sin pedirle poder, porque á mas de habilitársele por ella, es visto conferírsele el demandante por el hecho de hacerle el encargo; y que esto procederá, aunque sea necesario apelar de la providencia en que el Juez requerido declara haber ó no lugar á su retencion, y seguir la apelacion; por lo que en las requisitorias se pone y no se debe omitir esta cláusula: „que siendo presentadas por qualquiera persona en nombre de Fulano las mandan aceptar y cumplir sin pedirle poder ni otro documento, &c. porque si se omite y no tiene poder el que las presenta, carece de facultades para todo lo expuesto, y no se le tendrá por parte; pero sin embargo mi dictámen es que se le dé poder, para que llegado el caso de pedir su retencion no se le ponga el defecto de ilegitimidad de persona para seguir este incidente; pues las leyes nada tocan sobre

(a) Ley 3 tit. 3 lib. 4 R. ó 14 sig. N. R.

este particular, la requisitoria no le autoriza para seguirle, y sí únicamente para hacer que se evacue lo que se mande en ella, y sin poder no se le debe tener por parte ni entregar los autos.

115 Las demandas contra concejo, comunidad, cabildo, ó universidad, aunque lo mejor es que se hagan saber á todos ó á la mayor parte congregada, segun se acostumbra, no obstante como es dificil conseguirlo y entenderse con todos separadamente, si no quieren ó no pueden congregarse; basta que se notifique á su Procurador ó Apoderado residente en su pueblo ó en el del juicio. Y sus individuos no deben ser reconvenidos singularmente por la deuda y obligacion de sus cuerpos, ni al contrario éstos por lo que debe cada uno de aquellos (*a*).

116 No solo puede hacerse la citacion al Síndico ó Procurador de dichos cuerpos, sino tambien al de qualquiera persona que le tenga, si no se le halla cómodamente (*b*); y con él y no con su parte, á ménos que le revoque el poder, se han de entender y substanciar despues de contestada la demanda todos los autos y diligencias que ocurran hasta declarar la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada y executarla, si el poder se extiende á esto y no de otra suerte, á fin de evitar los gastos y dilaciones que de entenderse con la parte se pueden causar al colitigante, y el que sean interminables los juicios, si aquella reside en otro pueblo, ó procede de mala fé, mas no en otra instancia, porque en ésta ó se han de hacer saber á la misma parte, ó ha de dar su poder á Procurador del tribunal de aquella con quien se practiquen, y así se observa.

117 Si el demandado es vecino del pueblo en que se sigue el pleyto, no debe ser compelido á nombrar Procurador, y ántes bien puede comparecer en él por sí y defenderse (*c*), aunque en el dia como tenemos Procuradores determinados en los tribunales superiores y en muchos inferiores, no se entregan los autos á las partes en donde los hay, sino á ellos para la mayor seguridad, porque á su devolucion son responsables sus oficios, y por la facilidad de apremiarlos á esta; de suerte que es preciso darles poder, y sin él á nadie se admite en los Consejos Reales.

118 La citacion, considérese acto judicial ó extrajudicial, lo es de jurisdiccion, porque para mandarla hacer el Juez ha de tenerla so-

(*a*) Ley 13 t. 2 P. 3. (*b*) Leyes 13 cit y 14 sig. (*c*) Leyes 1 y 2 t. 2 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 3 lib. 11 N. R.

bre el sugeto como súbdito, y por ella adquiere prevencion en las causas civiles, de manera que conociendo del negocio dos ó mas Jueces, el que previno el juicio por una citacion legítima, ha de proseguir en él como competente; bien que el citado segun la práctica comun debe comparecer ante todos los que mandan citar, y usar de su derecho pretendiendo la acumulacion para que no le molesten diversos Jueces sobre una misma cosa. En las causas criminales si fuere citado por muchos á un propio tiempo sobre una, no incurre en pena compareciendo ante uno solo, excepto que sean desiguales en jurisdiccion, pues entónces debe comparecer ante el mayor y mas digno, y siendo iguales y las causas diversas, ante el que entienda en la mas grave.

119 En los negocios civiles no debe hacerse la citacion en dias feriados, y si se hace, es nula, por estar prohibido en ellos todo juicio; bien que si se interesa la utilidad pública ó privada, puede habilitarlos el Juez (*), y si el citado comparece en virtud de ella, se revalida. Tampoco debe hacerse de noche sin especial habilitacion con causa, lo qual se observa por evitar nulidades y controversias; pero de órden judicial expresa puede hacerse la verbal en la iglesia, con tal que no se impidan los divinos oficios, ni cause escándalo. Y en un acto no es necesario hacer muchas citaciones, pues basta una sola, como lo ordenan nuestras leyes (*a*).

120 No es necesario hacerla, quando el reo comparece por sí ó por su Procurador en el juicio ántes de ser citado, ni consta notoriamente que no le compete ninguna excepcion ni defensa, ni tampoco en los casos en que el Juez puede practicar de oficio lo que dispone el derecho, aunque la parte no esté presente, v. gr. evitar escándalos.

121 Si el Juez de la causa delegare su jurisdiccion para la pronunciacion de la sentencia, ó muriere alguno de los litigantes, es precisa nueva citacion: en el primer caso á los propios litigantes, y en el segundo á los herederos del muerto.

122 La citacion *real* es la captura del reo, haya sido ó no formalmente demandado, por ser fallido, presumirse que haga fuga, y

(*) Si basta la utilidad privada y qualquiera utilidad privada, siempre ó casi siempre podrá el Juez habilitar los dias feriados.

(*a*) Las 51 tit. 4 lib. 2, ó 2 tit. 15 lib. 11 N. R. 47 tit. 4 lib. 3 y 2 tit. 4 lib. 3 R. ó 13 tit. 4 lib. 11 N. R.

no tener arraygo ni domicilio en el pueblo en que se le demanda; pues muchas veces se le prende baxo la obligacion que constituye el actor de indemnizarle de los daños en caso de no acreditar su pretension. Esta citacion es la mas eficaz de todas, y se prefiere á la verbal, de tal suerte, que si por exemplo en causa de mixto fuero cita el Juez eclesiástico al lego, y el Juez secular le prende despues por el mismo delito, debe conocer de él éste y no aquel.

123 Con esta citacion se principia real y verdaderamente el uso de la accion que será civil, y como tal le deberá proponer el actor y seguir, quando el motivo de la captura es solamente el de cobrar lo que el reo le debe ó consumió: criminal, quando dimana de delito, y únicamente se dirige á que se le castigue por él; y mixta, quando el actor intenta ademas de resarcir su caudal, que no quede impune, como sucede en el hurto, mala versacion y extravío de caudales, y en otros delitos.

124 La citacion por escrito es la que se hace por edictos llamando y emplazando al reo que está ausente y cuyo paradero se ignora. No es de igual eficácia que las otras, pues siempre que parezca el citado, se le debe oir; ni debe hacerse por mera voluntad del Juez sino en caso de necesidad, ó quando el reo no puede ser citado de otra suerte (*a*).

125 Tiene lugar esta citacion en quatro casos: el primero, quando el que ha de ser citado, se oculta maliciosamente para que no llegue á su noticia, ó impide por sí ó por otros que se le cite: el segundo, quando el lugar en que se le ha de citar, no es seguro por causa de enemigos ú otros impedimentos, pues entónces se han de fixar edictos en los lugares inmediatos: el tercero quando es vago, en cuyo caso se deben poner en aquel lugar ó lugares en que mas suele permanecer, y si en alguno tiene casa abierta, en la puerta de ella; y el quarto, quando es persona incierta, como en un concurso de acreedores á los bienes de difunto, en que se ignora quiénes y quántos son: pues se ponen edictos llamando á todos los interesados, para que dentro del término que se les prefine, comparezcan, amonestándoles que de lo contrario se les impondrá perpetuo silencio y les parará el perjuicio á que haya lugar.

126 Compete solamente este modo de citar por edictos á los Jueces ordinarios y á los Delegados del Soberano ó su Consejo, no á

(*a*) Extravag. única de Dolo, & contumacia. Clementin. 1 de Judic.

otros comisionados, por lo que en caso de entender éstos en alguna causa en que sea preciso citar por escrito, se ha de recurrir á aquel de quien dimana la comision, excepto que se le conceda especialmente, ó se le permita por costumbre, pues entónces podrá citar por edictos.

127 Sucede algunas veces que los litigantes son contumaces, el actor desamparando la demanda que puso al reo, y éste no queriendo comparecer en juicio, en cuya atencion es indispensable hablar de la contumacia ó rebeldía que no es otra cosa que inobediencia al mandato del Juez legítimo que llama á alguno al juicio (*a*). Se comete regularmente en siete casos: el primero, quando el actor no manifiesta su accion habiéndoselo mandado el Juez dos ó mas veces: el segundo, quando si la manifestó y contestó el reo, no la prosigue instándole éste: el tercero, quando el reo no comparece, ó impide que se le haga la citacion, ó se oculta maliciosamente: el quarto, quando no responde á la demanda y posiciones del actor, ó responde obscuramente, no obstante habérsele mandado que responda clara y categóricamente: el quinto, quando uno ú otro no quiere jurar de calumnia mandándoselo el Juez: el sexto, quando no obedecen la sentencia é impiden su execucion; y el séptimo, quando estando delante del Juez no quieren responder á lo que se les pregunta; y ésta es la mayor contumacia por la injuria que le hacen en no darle respuesta, eludiendo su pregunta en su presencia.

128 La contumacia es de quatro maneras: *notoria*, *verdadera*, *presunta y ficta*. Se llama *notoria*, quando el citado en persona responde que no quiere comparecer: *verdadera*, quando el citado legítimamente ó sabedor de la citacion dice que comparecerá, ó calla, mas no comparece: *presunta*, quando no consta que la citacion haya llegado á noticia del citado, se presume, miéntras no lo pruebe; y *ficta*, quando comete dolo, para que no llegue, pues entónces finge ó supone la ley que llegó y fué citado.

129 Entre la contumacia verdadera y ficta hay la diferencia, de que el contumaz ficto puede apelar ó pedir restitucion por entero y el verdadero no (*b*); y para proceder contra éste, aunque por nuestro derecho Real (*c*) á la primera rebeldía que se le acuse, se le tiene por

(*a*) Cap. 3 y 6 de Dolo & contumacia. Ley 8 tit. 7 P. 3. (*b*) Cap. 18 de Sentent. & re judicat. (*c*) Leyes 8 tit 7 P. 3, 5 y 6 tit. 3 lib. 4 R. ó 2 y 6 tit. 4 lib. 11 N. R.

tal, y puede condenar en las costas y daños causados á su contrario; no obstante en práctica suelen preceder, como lo he visto repetidas veces, tres citaciones estando en el pueblo, ó una perentoria si se halla fuera de la jurisdiccion, siguiendo lo dispuesto por derecho civil y canónico (*a*); y aun en este caso es menester que lo pida la parte y le acuse dos rebeldías; bien que no se excederá el Juez, si conformándose con las leyes pátrias á la primera rebeldía le declara contumaz.

130 Pero si el contrario tiene justo motivo ó impedimento para no comparecer, y le prueba, v. gr. incompetencia de Juez, tiempo de ferias, prohibicion de su propio Juez, estar llamado á tribunal superior, haber tempestad, guerras, ó crecientes de rios por donde ha de transitar, ser menor rústico, estar cautivo y otros semejantes, no incurre en contumacia (*b*).

131 Contra el verdadero contumaz puede proceder el Juez por prision, embargo de bienes, condenacion de costas, imposicion de multa y otras penas arbitrarias (*c*), con tal que la condenacion no sea á perdimiento de la causa ni confiscacion de todos sus bienes, aunque el delito sea grave y extraordinario.

132 Si es actor y despues de contestada la demanda se ausenta, ó no quiere comparecer, puede compelerle á pedimento del reo y no de oficio á proseguirla (*d*), y si no la prosigue, absolver á éste de la instancia, y condenar á aquel en las costas y daños que le causó y no oirle despues, á ménos que preste caucion de comparecer y continuarla, ó pruebe haber estado impedido legítimamente, ó que el reo haya sido tambien contumaz, en cuyo caso se compensa la contumacia del uno con la del otro. Tambien puede imponerle multa, segun sea la contumacia (*e*); pero no debe imponérsela por no usar de la accion que le compete, y proponer otra, porque ninguna ley le concede esta facultad sino solo la de repelerla siendo contra derecho, y prefinirle término para que la deduzca, apercibiéndole que si dentro de él no lo hace, procederá á lo que haya lugar, que es á imponerle perpetuo silencio y absolver al reo de la instancia, pues no hay contumacia, para que el Juez se extienda á mas.

133 Si el reo es contumaz, conceden las leyes (*f*) al actor dos

(*a*) Cap. fin. §. 6 Ut lite non contestat. (*b*) Ley 11 tit. 7 P. 3. (*c*) Cap. 1 de Judic. Ley 8 tit. 7 P. 3. (*d*) Cap. 3 de Dolo & contumacia y cap. 1 de Dolo & contumacia in 6. (*e*) Leyes 5 y 6 tit. 3 lib. 4 R. ó 2 y 6 t. 4 lib. 11 N. R. y 8 tit. 7 P. 3. (*f*) Las de los tit. 11 lib. 4 R. y 8 P. 3.

medios para conseguir su pretension. Uno es el regular de seguir la causa por rebeldía en estrados hasta difinitiva, como si hubiera comparecido, en cuyo caso estando en el pueblo y la causa no líquida se declara por contestada la demanda á la tercera rebeldía que el actor le acusa: se recibe á prueba, y se le hace saber el auto de ésta: justifica el actor su accion, y pasado el término de prueba y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado, concluye, y el Juez procede á sentenciar la causa, notificándose las diligencias de substanciacion en los estrados de la audiencia, á excepcion de las de demanda, prueba y sentencia que se le deben hacer saber en persona, y no dexándose ver, á su muger, hijos ó criados, no teniéndolos, á sus vecinos mas cercanos en la forma expresada en el n. 108, y pasado el término de la apelacion declara la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la hace executar, todo á instancia del mismo actor.

134 Si se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y está sujeto en aquel negocio al Juez que conoce de él, aunque segun las leyes 2 tit. 3 y 1 tit. 11 lib. 4 R. debe ser uno y perentorio el término sin necesidad de otro ni estar obligado el actor á acusar las rebeldías mas que al fin de él, como se ha sentado, mandándose hacer los autos y demas diligencias en los estrados de la audiencia; se suelen librar no obstante quatro despachos ó requisitorias en el discurso del pleyto, no estando muy distante el reo: el primero de emplazamiento con término perentorio para que comparezca: el segundo, para hacerle saber el auto de prueba, pues aunque no haya comparecido hasta entónces, se le deben entregar los autos, si comparece y los pide, y admitir la que haga dentro de su término: el tercero, para notificar la sentencia por si quiere apelar de ella; y el quarto, para que una vez declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada se execute en su persona y bienes. Este es el verdadero y mas justificado modo de substanciar los autos en rebeldía, para que el reo no tenga la disculpa de no habérsele oido y pague las costas, si debiese ser condenado en ellas.

135 Yendo documentados estos despachos los debe cumplir mentar el Juez de su domicilio, y como executor mixto no excederse de lo que previenen, á excepcion de lo que se explicará mas adelante (*a*); y si deniega el cumplimiento, ó se teme que le deniegue, debe el re-

(*a*) Cap. 2 nn. 238, &c. y 245.

quirente ó la parte acudir y representar al superior inmediato, á fin de que los auxîlie y le imponga pena para que los cumplimente y evacue. Lo propio se ha de practicar, quando el Juez del negocio no quiere expedirlos al otro, ó es moroso en ello por dolo ó malicia; pues por este hecho, probado que sea, debe pagar á la parte los gastos y daños que le ocasionó, estándose sobre ellos á su juramento (*a*): lo qual es corriente en la práctica. Pero si en el mismo despacho se encuentran méritos suficientes para no cumplimentarle, sea por no ir documentado, ó por incluir algunas excepciones legales que justifiquen la denegacion, ó por no llevar el tratamiento político que corresponde al Juez requerido, puede denegarle el cumplimiento, asesorándose si es lego, con Letrado, como lo he visto practicar.

136 Siendo ordinarios así el Juez requirente como el requerido, no debe cometer el exceso de mandar á éste, ni de comunicarle con multa ni otra pena, porque son iguales en jurisdiccion, aunque el requerido parezca en este caso inferior, pues el igual no tiene imperio sobre otro igual y mucho ménos el inferior sobre el superior: lo qual se entiende, aun quando sea togado y por esta razon mas digno, porque el honor de la toga es personal, y no da mayor jurisdiccion que la ordinaria, en cuya atencion el requerido puede exhortarle á que se abstenga de imponer dichas penas, y no se exceda en su jurisdiccion ni facultades, ó retener el despacho original y quejarse con él de sus procedimientos al superior para que le contenga.

137 Mas si el Juez requirente es comisionado del Príncipe ó de tribunal superior, puede en vista de la inobediencia y no ántes, no solo conminarle sino tambien exîgirle la multa que le imponga, porque la superioridad á quien representa y cuyas veces hace, le concede tácitamente jurisdiccion y facultad para mandarle y obligarle á obedecer, respecto de que por política no obedeció. Y si el requerido es superior al requirente, le ha de despachar éste suplicatoria y no exhorto, segun se practica.

138 El otro medio que las leyes conceden al actor, es la via de *asentamiento*, para que por contumacia del reo se le ponga en posesion de sus bienes, proceda por accion real ó personal, de lo qual tratan las tres del tit. 11 lib. 4 R. y el tit. 8 P. 3; y sin embargo de que no se estila en esta corte ni en otras muchas partes, por cuya razon

(*a*) Ley 9 tit. 7 P. 3.

no trato de él, puede usarse, y si el actor elige via de prueba, aunque sea contra menor contumaz, puede dexarla y usar de la de asentamiento (*a*).

139 No incurren en contumacia, aunque no comparezcan ante el Juez de la causa los siguientes: el que es mayor ó igual á él; el Clérigo miéntras celebra ó está en las horas canónicas, el Religioso y otros que se hallan baxo de obediencia: pues la citacion se debe entender con sus Prelados: los que por grave enfermedad, servicio de la república ú otro motivo semejante están impedidos de comparecer, si bien éstos lo deben hacer por Procurador: los novios en el dia en que se casan, el que va acompañando algun cadáver de su casa ó de la de su señor, amigo ó pariente hasta que esté enterrado: los menonores, locos, pródigos y mentecatos que tienen curador: los Diputados ó Comisionados por el Rey ó por su señor, ciudad ó villa, miéntras están en su comision: el pregonero ínterin pregona, ni tampoco el que está llamado por Juez mayor que el que le emplazó, pues debe comparecer ante el superior. Todos los demas deben comparecer por sí ó por medio de Procurador, aunque gozen de privilegio; mas en este caso será únicamente á hacerle ver que no es Juez suyo, ni puede conocer de sus negocios (*b*), ó practicarán lo dicho en el núm. 107.

140 En causas civiles no debe ser emplazada la muger honrada que vive con honestidad, para ir ante el Juez personalmente sino por Procurador; pues si hay que tomarle alguna declaracion, debe el Juez ir á su casa, ó enviar Escribano que se la reciba; pero sí en las criminales que le muevan (*c*). Y si el Juez quiso violentarla torpemente ó casar por fuerza con ella, ni debe emplazarla á ella ni á ninguno de su casa, ni aunque los emplace, están obligados á ir, ni á enviar personeros, por lo que en este caso debe el demandante usar de su derecho ante otro Juez del pueblo, y no habiéndole, ante el mayor de aquel territorio (*d*).

141 Si alguno tiene accion contra bienes de difunto que dexó herederos conocidos por testamento ó abintestato, y estos no han admitido ni dimitido la herencia, debe pretender se notifique á todos que la admitan dentro de un breve término que se le prefina, y acep-

(*a*) Ley fin. del cit. t. 11. Explican la via de asentamiento. Paz Pract. tom. 1 part. 2 y tom. 2 part. 1 cap. 3 y 4 y la Cur. Philip. § 14 nu. 11 y 12. (*b*) Ley 2 tit. 7 P. 3. (*c*) Ley 3 tit. y P. cit. (*d*) Ley 6 tit. 7 P. 3.

tándola, ha de pedir contra ellos. Lo mismo practicará, quando callan; pero en este caso, pasado el primer término, les ha de acusar dos rebeldías, y el Juez ha de haberlas por acusadas, prefiniéndoles en cada una otro competente segun la distancia; para que acepten ó repudien, y apercibiéndoles en el último que si dentro de él no lo cumplieren, deferirá á la pretension del actor, que será á tenerla por aceptada ó repudiada; bien que si acudieren, aunque sea en el último, pretendiendo les conceda el legal (*a*) para deliberar, se le debe conceder, y pasado sin haber dicho cosa alguna se estimará haberla aceptado, por lo que el actor seguirá con ellos la demanda ordinaria ó executiva que corresponda; y si uno solo la admite, se deberá entender con él.

142 Y si los herederos repudian la herencia, han de ser requeridos á instancia del actor los parientes inmediatos por su órden hasta el quarto grado contado por derecho civil; y no queriendola éstos ha de solicitar aquel ante todas cosas para evitar nulidad que el Juez nombre defensor á los bienes, con el qual se entiendan la demanda y diligencias sucesivas: que se inventarien y custodien para evitar su extravío, y en caso de haber algunos raices, que elija administrador lego, llano y seguro que cuide de ellos. Mas si por falta de parientes conocidos, para cuya averiguacion se deben fixar edictos llamándolos, segun lo previenen las leyes, ó por repudiar todos la herencia, recayere en el fisco, se ha de entender la demanda con el Fiscal Real.

143 Del mismo modo se debe proceder, quando el marido, su heredero ú otro acreedor quiere demandar á la muger ó al suyo, pues deben pretender se le prefina término para que acepte ó repudie los gananciales, segun se observa.

144 Compitiendo accion contra cautivo se ha de nombrar defensor á sus bienes y substanciarse con él los autos (*b*); como tambien quando compete contra el ausente en paises ultramarinos ú otros remotos, si no tiene apoderado en el pueblo del juicio, ni se espera pronto su regreso, porque esperándose se ha de aguardar á que venga; mas no, quando dexó Procurador ó Apoderado, en cuyo caso se ha de entender con éste y no nombrarse defensor, para lo qual el actor debe probar la ausencia dilatada y la ignorancia de estar próxîma su venida.

(*a*) Se habla de él en la I P. cap. 5 § 8. y en ésta lib. 1 cap. 1. (*b*) Peyes 4 tit. 2, P. 2 y 12 tit. 2 P. 3.

145 Alegando el actor que el ausente se ha muerto, y pretendiendo su herencia como pariente suyo inmediato, ha de justificar por fama pública del pueblo su fallecimiento, ó á lo ménos que se ignora su paradero ha mas de diez años, y entónces se le entregarán sus bienes por inventario, para que los tenga como curador, dando fianzas seguras y saneadas de restituirlos con los frutos que produzcan, al ausente, ó al heredero que haya instituido, siempre que venga (*a*), como para otros casos lo previenen dos leyes Recopiladas (*b*); y no pudiendo probar ni uno ni otro, ni sabiéndose de su vida ó muerte, se deben entregar sus bienes baxo de fianzas á sus parientes mas cercanos, para que los tengan en la propia forma.

146 Si el ausente tiene acreedores, y éstos piden que se nombre defensor ó curador á sus bienes, basta que conste estarlo en partes remotas y que no se espera pronto su venida, para que se nombre, y con él se han de substanciar los autos, y valdrá lo que haga sin dolo, del mismo modo que si el ausente lo hiciera por sí (*c*). Pero esperándole en breve se han de aguardar los acreedores, y no ha de nombrarse defensor.

§. IV.

De las clases de excepciones que el reo puede oponer en juicio, y del término que se le concede para ello.

147 Notificada la demanda al reo y tomados por él los autos en uso del traslado conferido, debe mirar, si tiene alguno de los defectos explicados difusamente en el § 2, ó le compete contra el demandante alguna excepcion para oponerla en el tiempo y forma que el derecho dispone (*d*). Llámase excepcion *todo quanto el reo oponga contra lo que se exige de él* (*). Las excepciones, por otro nombre artículos, se dividen en *mere dilatorias y temporales*, *en mere perentorias* y

(*a*) Ley 14 tit. 14 P. 3. (*b*) Las 4 y 24 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 y 5 tit. 17 lib. 11. N. R. (*c*) Ley 2 tit. 12 P. 3. (*d*) Prœm. del tit. 3 P. 3.

(*) Excepcion en rigor es la defensa que el reo opone á la accion que por derecho compete al actor, por manera que toda excepcion es defensa y no toda defensa es excepcion; pero nuestros AA. suelen llamar excepciones á todas las especies de defensas del reo, y nuestras leyes, como puede verse en las 8 y sig. tit. 3 P. 3, y 1 tit. 5 lib. 5 R. ó 5 tit. 16 lib. 7 N. R. usan indistintamente de las voces excepcion y defensa.

perpetuas, *en mixtas ó anómalas*, y en *perjudiciales*. Las mere dilatorias son las que defieren el ingreso ó el curso del juicio principal; pero no ponen fin á él, porque el reo no impugna directamente la accion del demandante, ni niega que tiene justicia en lo que pretende, sino que procura divertirle, y entretenerle, para que tal vez cansado desista enteramente y se transija con él, ó por ganar tiempo para poderle pagar sin molestia, ó por otros fines.

148 De estas excepciones unas son relativas al Juez, otras al actor y otras á la causa ó proceso. Las primeras son la declinatoria de fuero ó incompetencia de Juez por defecto de jurisdiccion, (*) y la recusacion por sospechoso para inhibirle del conocimiento del negocio. La primera se ha de proponer ántes que todas las demas, pues de omitirla el reo se sujeta á él, le proroga la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal, lo qual no sucede con la recusacion, porque ésta requiere muchas solemnidades, y á veces expresion y justificacion de las causas porque se hace, como se dirá despues: en cuya atencion la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun quando exîja mayor exámen é indagacion: requiere especial y expresa declaracion, la qual no es precisa en las otras excepciones; y de ella puede conocer el propio Juez, sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia, pues solamente se llama así aquella de la qual se sigue algun daño ó provecho á alguno, y aquí ninguno se sigue al Juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplia la de su oficio: debiendo ésto entenderse, ya sea requirente, ya sea requerido, especialmente si se controvierte entre partes.

149 La prerogacion de jurisdiccion se puede hacer de quatro maneras: la primera es de persona á persona, como quando el Juez la tiene limitada en un pueblo ó territorio, y algunos de otro se convienen en que su asunto se ventile ante él y determine, pues puede hacerlo sin embargo de no ser súbditos suyos.

150 La segunda es de *cantidad á cantidad*, ó *de cosa á cosa*, como quando un Juez tiene jurisdiccion para entender solamente en negocios que no excedan de cantidad determinada, y no obstante, los interesados quieren que el suyo que es de otra mayor, se trate ante él,

(*) En el tit. 2 lib. 4 de la N. R. se trata de la decision de competencias, y por lo tanto nos remitimos á él en este lugar, omitiendo insertar aquí las muchas Reales órdenes que se copiáron sobre aquellas en el tomo de nuestras adiciones.

en cuyo caso por el consentimiento de aquellos se prorroga su jurisdiccion de la cantidad menor á la mayor. Del mismo modo puede prorogarse de una cosa cierta á otra diversa, con tal que el Juez sepa la prorogacion.

151 La tercera *es de tiempo á tiempo*: v. gr. un Juez delegado tiene jurisdiccion para conocer de cierto negocio que debe determinar precisamente dentro de un año, y acabado éste quieren las partes prorogarle la jurisdiccion que espiró, pues pueden hacerlo por el tiempo que les parezca hasta su decision.

152 La quarta *es de lugar á lugar*, como quando el Juez de un territorio conoce en otro de alguna causa con consentimiento de los litigantes, en cuyo caso vale la próroga de jurisdiccion, siempre que el Juez del lugar preste expresamente su permiso; si bien algunos AA. afirman ser bastante el tácito, que es que sabiéndolo no se lo prohiba. Lo mismo procede, quando acostumbra hacer audiencia en lugar determinado de su territorio, y las partes quieren que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdiccion. La jurisdiccion de delegado se puede prorogar de los tres modos últimos; pero no de persona á persona.

153 Tambien puede hacerse expresa y tácitamente la próroga de jurisdiccion: expresamente es, quando las partes consienten llanamente en tratar su negocio ante Juez que no es suyo, y perseveran en su consentimiento; y tácitamente, quando el reo permite ser reconvenido ante Juez incompetente y no declina su fuero; acerca de lo qual dicen algunos que para que no pueda invalidarse esta prorogacion tácita, ni el reo arrepentirse, se requiere de su parte la contestacion del pleyto; y otros afirman ser suficiente que ántes de ella proponga alguna excepcion dilatoria, y que el Juez la determine, cuya opinion es la mas corriente. Pero esto se limita, quando al tiempo de proponer la excepcion protesta que no consiente en el Juez, y despues no hace ningun acto que induzca la próroga de su jurisdiccion.

154 Mas para evitar dudas y disputas, y que el Juez pase adelante, deben concurrir tres circunstancias. La primera es, que la protesta sea expresa y no tácita ó genérica, á cuyo fin en el primer pedimento que el reo presente, pondrá esta cláusula: ,,Sin que sea visto atribuir ni prorogar á V. mas jurisdiccion que la que por derecho le compete, ni sujetarme por este acto á fuero que no es mio, ni tampoco contestar demanda á que no debo responder, y baxo la protesta de contestarla en el término competente ante quien corresponda,

siendo digna de contestacion, no en otra forma, y de usar de todas las acciones y recursos que me pertenecen, quándo y dónde me convenga; V. en justicia se ha de servir inhibirse del conocimiento de este negocio, declarándose por no Juez de él, y mandando á dicho Fulano que use de su derecho donde, contra quien, y como lo tenga por conveniente: sobre lo qual formo artículo de prévio y especial pronunciamiento protestando la nulidad de quanto se haga pasando adelante; pues debe hacerse como lo pido, por lo que resulta de autos y aquí se expondrá.,, La segunda circunstancia es, que no practique acto alguno que induzca la prorogacion, como quando la excepcion ó artículo fué de no contestar, se recibió sobre él el pleyto á prueba, y luego pide llanamente próroga del término: en cuyo caso se induce tácitamente por este acto la próroga de jurisdiccion. Y la tercera circunstancia es, que declarado que sea el artículo, proponga precisamente la declinatoria dentro de los nueve dias de la ley, porque si la propone despues, como que ya espiró el término, perdió por su omision y descuido el derecho de usar de ella: lo qual he visto declarado en juicio. Con estas cautelas no se perjudica el reo, ni aunque el Juez se declare por competente, puede tener por contestada la demanda en el auto de declaracion, y ántes bien ha de concederle término para ello; ni se le debe reconocer por competente hasta que el auto se consienta ó executorie, porque tiene fuerza de difinitivo y es apelable; y como que la demanda no está contestada, ni empezó el término de contestarla, puede oponer luego á un tiempo ó separadamente dentro del de la ley las demas excepciones dilatorias que tenga; y así se practica.

155 Hay otros actos judiciales, por los quales no se proroga tácitamente la jurisdiccion del Juez, sin que haya contestado del pleyto, y son: el primero, por pedir el reo traslado de la demanda ó término para el despacho de los autos, y responder lo que convenga á su derecho y defensa, pues esto es para deliberar lo que debe practicar: el segundo, por dar las fianzas de asistir á juicio y de pagar lo juzgado, porque en estas se entiende puesta la condicion, *de que no tenga causa para declinar ó recusar al Juez*, y si la tuviere, ha de poder hacerlo (*a*) (*) el tercero, por hacer su confesion ante Juez in-

(*a*) Carlev. tit. 1 disp. 1 n. 997.

(*) Y ¿por qué en dichas fianzas se entiende puesta la expresada condicion? La razon de Carleval solo consiste en la autoridad de Bartulo y de otros AA.

competente, pues no es de creer que la hace espontáneamente ni por sujetarse á él sino solo por redimir la vexacion del apremio; mas para evitar toda duda conviene que lo exponga así en la propia confesion, y el Juez y Escribano deben admitírselo, como se practica en esta corte: el quarto, por la contumacia, excepto que el Juez incompetente se declare en vista de ella por competente; pues entónces, aunque el reo no sea súbdito suyo, como por su rebeldía se inhabilita de poder apelar y pierde el derecho de la declinatoria, carece despues de la facultad de oponerla: el quinto, en la que se hace de lugar á lugar, pues debe ser expresa: el sexto, en caso de una absoluta incompetencia, que es quando el que se intitula Juez, no tiene ninguna jurisdiccion, y entónces puede el reo oponer la declinatoria en qualquier parte del juicio, porque en nadie reside facultad para hacerse Juez por solo el tácito ó expreso consentimiento de las partes, y quien ningun principio tiene de jurisdiccion, no puede tener prorogacion de ella: lo qual procede tambien, quando la jurisdiccion es limitada á cierta especie de personas ó causas, pues no puede prorogarse á otras de diversa clase: el séptimo, si hay error ó ignorancia continuada de hecho ó de derecho de parte del reo, porque como el error quita el consentimiento, impide que se haga y entienda hecha la prorogacion (*a*) (*) y el octavo, en la causa de apelacion, pues ésta debe hacerse gradualmente al Juez competente, y no ha lugar la prorogacion del incompetente por el consentimiento de las partes.

156 Aunque el Juez prorogado puede conocer y sentenciar, no poner en execucion la sentencia que profiera, porque esto toca al ordinario como competente.

157 Propuesta la declinatoria en los términos expresados se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el Juez no puede pasar adelante, ínterin no se declare expresamente por competente, y se consienta ó executorie el auto, y si procede sin esta declaracion expresa, (pues no basta la tácita) es nulo el proceso. Si se pone la ex-

á quienes cita. Sin embargo, á mí me parece que en nada ménos que en las fianzas *de asistir á juicio y de pagar lo juzgado*, como manifiestan sus mismas palabras debe entenderse la condicion, *de que no haya causa para declinar ó recusar al Juez.*

(*a*) Ley 15 tit. 22 P. 3.

(*) En vista de esto y de lo demas contenido en este núm. podrá decirse que son tantos los actos judiciales y motivos porque no se proroga tácitamente la jurisdiccion del Juez, que casi seria mejor decir que no puede haber prorogacion tácita de jurisdiccion.

cepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion sobre ella no puede expedirse el negocio principal, debe el Juez hacerla expresa ó tácitamente. Quando se opone alguna otra dilatoria que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe definirse tambien incontinente y no reservarse para el fin de la causa, á efecto de que ésta no quede ilusoria, ni el reo sea vexado con expensas inútiles. Lo mismo se debe practicar, quando propone alguna perjudicial que de dexarse para difinitiva se sigue gravámen irreparable por ésta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado. Pero sobre las demas excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida, y lo que se practica es recibir el pleyto á prueba sobre lo principal sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

158 Si el reo forma artículo de no contestar, y no pide que así se declare ante todas cosas, ni hace la protesta „de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte; „ y el Juez desprecia el artículo expresa ó tácitamente; ya no puede pretender término para contestarla, por haberse pasado en cuya atencion puede el Juez recibir el pleyto á prueba sobre lo principal, porque se ha por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las excepciones perentorias que se dirijan á enervar y extinguir la accion del demandante, aunque no las haya expresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion expresa, no debe el Juez recibir el pleyto á prueba despreciando el artículo, sino ántes bien mandarle que conteste dentro del término de la ley y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

159 Las excepciones concernientes á la persona del actor son las *de legitimacion* no solo para pedir sino tambien para presentarse en juicio, como si el menor comparece sin su curador, el tutor en nombre del pupilo sin acreditar su encargo, el Procurador sin poder ó con él, pero diminuto, obscuro y sin facultad específica, quando el negocio la exîge: el sustituto suyo careciendo de facultad para nombrarle, el excomulgado vitando, el hijo de familia, y todos los que no manifiestan la que les asiste, ó carecen de ella ó tienen prohibicion legal de comparecer en juicio; pues sea en el civil ó criminal ordinario ó executivo, extraordinario é impropio, plenario ó sumario, y la causa tal que se trate de plano sin estrépito ni figura de juicio, debe legitimar el actor su persona.

160 Pero se duda, si debe legitimarla al principio del pleyto ántes que el reo conteste, ó basta hacerlo en el término de prueba ó ántes de la sentencia; y Carleval (*a*) conciliando los muchos AA. que cita, distingue dos casos. El primero es, quando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, como por exemplo el heredero y donatario, los quales no necesitan acreditar que lo son ántes de la contestacion, sino producir los documentos de tales ántes de la sentencia: porque estos mas sirven para justificar lo que piden que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio: lo qual se extiende al cesionario, quando litiga como tal en su propio nombre y como mandatario de éste valiéndose de las que como á dueño le competen. Mas esto se limita en primer lugar, quando el actor hace mencion en la demanda, como debe hacerla, de la cesion, donacion, testamento, &c. pues entónces ha de manifestarlo ántes de la contestacion del pleyto, pidiéndolo el reo, para que éste delibere en su vista, si ha de litigar ó no; sino es que jure que no puede exhibirlo, por no tenerlo en su poder: en segundo lugar, en las causas executivas, en las quales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la execucion; y en tercer lugar, si por la ley se requiere alguna qüalidad para que sea admitido al jucio, porque en este caso debe acreditar que concurre en él, y que es la misma que la ley exîge; bien que si el reo no la excepciona, se puede proseguir el juicio sin este requisito.

161 El segundo caso es, quando el actor demanda en nombre ó como Procurador de otro, y entónces aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en la causa ántes de la contestacion, pues de no hacerlo le obstará la excepcion, *á tí no te importa*, *ó de no importarle*, y podrá el Juez repelerle de oficio, porque es injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interes, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro, á mas de que esto seria burlarse del Juez. Por tanto, nuestro derecho Real (*b*) manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro; miéntras no acredite con el poder tener facultades para ello; é impone pena á los Escribanos y Relatores del Consejo y Audiencias: á los primeros, si pasan á éstos los autos ántes que los poderes esten firmados por bastantes de los Abogados de las partes;

(*a*) De Judic. tit. 2 disp. 4. (*b*) Leyes 5 tit. 17 lib. 2, ó 4 tit. 7 lib. 4 N. R. y 2 y 3 tit. 2 lib. 4 R. ó 2 y 3 tit. 3 lib. 11 N. R.

y á los segundos, si hacen relacion del pleyto, sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los Jueces instruidos proveen este auto,, Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho, traígase.,, Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen:,, Presentando esta parte poder competente, entreguénsele por el término ordinario los autos que pide,,,

162 Se estiman y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir incontinente las fianzas ó seguridades que se piden, y deben dar en la causa, como son las de asistir á juicio y de pagar lo juzgado explicadas en la Prim. Part. (*a*) la de no ofender, que es quando alguno se queja de que otro le conminó, pues justificando no solo la amenaza sino tambien que quien le amenazó, suele poner en execucion las que hace, debe el Juez compeler á éste á que afiance y asegure que no hará daño al querelloso, ni á su familia, ni en sus bienes por sí ni por medio de otro; la de aprobacion (*de rato*) que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder ó sin el bastante, ó como conjunto en los casos que prescribe el derecho, de que su parte tendrá por firme y no reclamará lo que se practique en el pleyto; de la qual se habló tambien en la primera Part. (*b*) la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con motivo del pleyto se le originen en caso de que por no probar su intencion sea condenado y el reo absuelto: la de *indemnidad*, de que se trata asimismo en dicho cap. 19 y nn. cit. la fianza ó caucion que da el reo preso en cárcel estrecha, quando consigue, se le alivie y remueva á otra suave, ó que se le den villa y arrabales por cárcel, de subsistir en ella y no quebrantarla hasta que el Juez se lo permita: la convencional en los contratos que igualmente puede darse fuera de juicio, si lo pactan los contrayentes: la de *mudanza de condicion*, como quando el deudor que está obligado á pagar cierta cantidad á plazo terminado, va empobreciendo; pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará: la que el Soberano ó su Consejo manda dar al deudor que pretende espera ó moratoria, para que durante ésta no le persigan sus acreedores, sin la qual no vale, ni le aprovecha; y segun el auto 79 tit. 4 lib. 2 R. no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos y ver su respuesta, y sin que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar en el tiempo de la concesion: la que los Jurisconsultos llaman

(*a*) Cap. 29 nn. 40, 41 y 42. (*b*) Cap. 32.

Muciana, y se explica en la Prim. Part. (*a*) la que quando el testador legó cierta cosa ó cantidad á dia fixo ó con condicion, da su heredero de que verificada ésta, ó cumplido aquel entregará al legatario su legado: la de *daño en hecho*; esto es, la que se da para asegurar y resarcir el daño que no ha habido, pero que puede haber: la de *usufructo* explicada en esta Seg. Part. (*b*): la que se da en las denuncias de obra nueva, de que asimismo se trata en la Prim. Part. (*c*): las de las leyes de Toledo, Madrid y demas que se hallan tratadas en el cit. cap. 19, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y Real, todas las quales son respectivas al litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, porque, como obligaciones accesorias y subsidiarias, no pueden subsistir sin las principales, ni surtir su efecto sino á falta de éstas, por ser fianzas puras y simples.

163 Las excepciones relativas á la causa ó proceso son la *litispendencia* sobre una misma cosa ante diversos Jueces, ó ante uno y distintos Escribanos, la *subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con siniestra relacion, *la de estar la demanda inepta ú obscura*, *la del pacto de no pedir en cierto tiempo*, *la de carecer el actor de accion para litigar*, *la de pedir ántes que espire el plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes (*d*), las quales debe oponer el reo ántes de la contestacion, á no ser que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante en que el reo no haya intervenido, ó que la misma excepcion anule el proceso, en cuyos dos casos en qualquiera parte del juicio que las advierta, puede oponerlas, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

164 De estas excepciones se exceptúa la acumulacion que motiva la litispendencia, pues no solo se puede pretender en qualquiera parte de la causa aun fuera de los dos casos expresados, sino que pasado el término de oponerla se concede la restitucion por entero, para que la persona privilegiada no sea vexada en diversos tribunales sobre una misma cosa.

165 En la acumulacion de autos y procesos por causa de la litispendencia se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les origine detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de suerte que la dada en un juicio pueda servir de excepcion en el otro; y ac-

(*a*) Cap. 5 n. 1 y 82. (*b*) Lib. 1 cap. 7. (*c*) Apend. §. 10. (*d*) Ley 9.

cesoriamente los Jueces y Escribanos por su utilidad pecuniaria y regalía de jurisdiccion.

166 Para que haya litispendencia, es menester que el Juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo haya sido citado é instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que si no lo está, sea por no dexarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben sufragar su dolo y malicia, ni por su contumacia ha de constituirse de mejor condicion que el obediente (*a*). Y es de advertir que pendiente el pleyto no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena, es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote, ó arras, ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado, ó fideicomiso, ó en los juicios universales en que el Juez permite, porque así lo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos y alimentos de su familia (*b*): de suerte que fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, ó no pudiendo ser, subrogar otra en su lugar; y así el rescripto ó privilegio que pendiente el pleyto se obtiene sin mencionarle, no perjudica á la parte contraria, por ser subrepticio; bien que por la litispendencia léjos de privarse al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos y uso de su comodidad subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle se le causaba injustamente un grave daño despojándole sin ser vencido, y estando por él la presuncion de ser verdadero dueño y poseedor.

167 En esta suposicion debo sentar como incontrovertible que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por qualquiera de las tres causas siguientes. La primera es, porque la cosa juzgada produzca excepcion de tal sobre lo que se litiga; pues de ventilarse ante dos Jueces y en diferentes procesos se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno, obstaria y podria oponerse como excepcion ante el otro (*c*).

168 La segunda es por litispendencia, ó por razon de pleyto pendiente sobre el dominio ó quasi dominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravámen que tenga, ó posesion de ella), y así no debe continuarle un Juez habiéndole otro prevenido en su co-

(*a*) Clementin. 2 Ut lité pendente. (*b*) Ley 13 tit. 7 P. 3. (*c*) Cap. 1 de litis contestacion. y cap. 2 de Exception. in 6.

nocimiento. Lo mismo procede, quando el deudor forma concurso voluntario ante qualquier Juez suyo, pues puede pedir y hacer que se acumulen todas las causas que penden contra él ante otros, háyanse movido ántes ó despues de formado, y formalizar esta pretension ante el del concurso en qualquier estado del pleyto. Tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque haya pasado el término prescripto para oponer las excepciones dilatorias, porque como juicio universal avoca á sí todos los particulares, segun se dirá despues.

169 La tercera es, porque no se divida la continencia de la causa (*a*), lo qual puede suceder en seis casos: el primero, quando concurren las tres identidades de *persona* (aunque sea por representacion), *juicio y cosa*; quiero decir, quando es una la accion, son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden: el segundo, quando la accion es diversa, mas la cosa y litigantes son los propios: el tercero, quando la cosa es distinta, mas la accion y litigantes son los mismos: el quarto, quando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchos, aunque la persona y cosa sean diferentes, como la accion de tutela, por la qual se procede contra muchos tutores, ó quando los acreedores litigan contra su deudor, sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular: el quinto, quando la accion y la cosa son unas mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos*, por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos (*b*), aunque en ellas haya edificios ó árboles, el de division de herencia (*c*), el de particion de cosa perteneciente á muchos (*d*), el de tenuta y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio ni vexacion de las partes, y así se han de tratar ante un Juez, para que viendo á un propio tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca; y el sexto, quando los juicios son y se reputan como un género y especie.

170 Pero se exceptúan siete casos, en los quales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. El primero es, quando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el Juez, como que no es interesado en ello, no

(*a*) Cap. 1 de Caus. possession. & propriet. y cap. 5 de Litis contest. in 6.
(*b*) Finium regundorum. (*c*) Familiæ erciscundæ. (*d*) Communi dividundo.

debe hacerla de oficio: el segundo, quando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiástico y otro del secular: el tercero, quando el reo demandado ante el primer Juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la excepcion y beneficio que le competia, excepto que satisfaga las costas y siga luego ante él su justicia, que entónces le recuperará con este acto: el quarto, quando el Juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleyto, ó hay otras causas justas para la division de su conocimiento, como si dos reos, uno clérigo y otro lego, son cómplices en un delito, ó el negocio toca á entrámbos: pues debe tratarse ante el Juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, lo qual he visto resuelto en el Consejo en pleyto que he seguido: el quinto, en las execuciones, pues el executante puede acudir ante distintos Jueces para la mas pronta exâccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin, son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni excluye al otro (*): el sexto, quando los procesos están en diversas instancias; v. gr. uno en primera y otro en segunda, ó tercera; y el séptimo, por razon del contrato jurado, pues aunque entónces adquiere jurisdiccion el Juez Eclesiástico, no debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, como se ha sentado en el n. 29.

171 Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales pendientes ante Escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó injuriados, ha de hacerse al del Juez que debe conocer de la causa, que es el primero que empezó, aunque no sea tan digno

(*) Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axîoma el que la litispendencia no se admite en los juicios executivos, y que puede el executante recurrir á diversos Jueces para la mas pronta exâccion de su crédito; dudo mucho que en el dia sigan los Jueces sensatos esta doctrina que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon sólida. Dícese que en los juicios executivos se procede sumariamente, y que por lo tanto en ellos no se causa instancia; pero prescindiendo de que suelen alargarse mucho por ampliarse ó quebrantarse ó cada paso los términos que juiciosamente prescriben las leyes, solo puede inferirse de aquella razon que hay mayor motivo para admitir la litispendencia en las causas civiles que en las executivas, no que en estas haya de permitirse á los acreedores vexar á sus deudores y molestar á los Jueces con muchos juicios. La razon general de que nuestras leyes desean y procuran disminuir y abreviar los pleytos, es mas poderosa que todo quanto á favor de su opinion puedan decir los comentadores. Así pues, yo desearia que se observase en las causas executivas lo que se dice en el número anterior acerca de la continencia de la causa.

ó condecorado; y si los Escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, fuese á pedimento de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la execucion de cosa juzgada ó eviccion, quando ante el Escribano se trató el pleyto principal, y ámbos son de un propio fuero. Y con el auto en que se manda al Escribano que vaya á hacer relacion, y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion para que les conste, y usen de derecho, debiendo extenderle el que llamó al otro, con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él y no por ante el requerido se principió.

172 Y si los autos penden ante dos Jueces, uno mas condecorado por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si ámbos lo son, es Consejero el uno y el otro Alcalde ú Oidor de Audiencia ó Chancillería, ó el uno con el honor solo de la toga y el otro con destino en tribunal donde todos son togados, &c. se ha de pretender ante el mas condecorado que el Escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos de éste se acumulen á los del otro, ó por el contrario, segun deba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo ménos digno, y el Escribano del Juez mas condecorado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los suyos. Pero si el Juez de menor graduacion es comisionado del Rey ó tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él, si se lo manda, porque no procede como ordinario, sino representando al superior que le dió la comision, respecto de la qual es mas que el Juez particular mas condecorado: todo lo qual he visto practicar siempre en esta corte y es conforme á razon.

173 Declarándose haber lugar á la acumulacion debe el Escribano á quien se quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, inclusos los de hacer relacion; pero quando no ha lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde y como les convenga, no está obligado á su entrega ni union, aunque todos pasen ante él, pues entónces si para unos aprovecha á la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite (*a*), y que á

(*a*) Ley 1 tit. 27 lib. 4 R. vers. Item de qualquiera proceso que se remitiere ó 18 tit. 15 lib. 7. N. R.

este efecto el Juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios citando con estos á la parte contraria, para que si quisiere, se halle presente á verlos corregir y concertar. Asimismo en el auto en que se declare haber ó no lugar á la acumulacion, se ha de expresar haber hecho relacion cada Escribano de los que pendian en su oficio, y si unos y otros penden ante uno solo, no es necesario compulsorio para sacar dichos testimonios, porque en virtud y á continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner: todo lo qual he visto practicar siempre sin disputa. Además, miéntras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó executorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio le suspende hasta que se decida.

174 Excepciones mere perentorias se llaman las que extinguen el derecho del actor, de suerte que siempre le obstan, como las de no haberse entregado el dinero, de *prescripcion*, *solucion*, *juramento de no pedir la deuda en juicio*, *pacto perpétuo de no pedir*, *simulacion de contrato*, *dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase*, *de miedo grave que le impelió á constituir la obligacion*, y otras semejantes, las quales deben oponerse despues de la contestacion (*), y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia difinitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenando al reo segun los méritos del proceso.

175 Las excepciones *mixtas* ó *anómalas* son las que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, como la de cosa juzgada, transaccion, pleyto acabado, paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no haberla tenido ó no tenerla ya (*a*) (**). Pueden oponerse ántes ó despues de la contestacion, y á veces no solo ántes de ésta como dilatorias, ó como mas haya lugar, y puedan contribuir á la justi-

(*) Mejor sería decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas, pues alegar por exemplo el demandado que ha satisfecho la deuda ó que se obligó por haber usado el actor de dolo, no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda.

(*a*) Cap. 1 de Litis contest. in 6.

(**) Entre las excepciones mere perentorias pone Febrero las de prescripcion y de paga que pone asimismo despues entre las mixtas ó anómalas. Además dice que son de esta clase *todas las que acreditan que el demandante procede sin accion, por no haberla tenido ó no tenerla ya*, lo qual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de mere perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las excepciones el miembro de mixtas ó anómalas que en mi concepto ménos que para dar claridad sirve para causar confusion.

ficacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se mande contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen ántes, sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para elidir y enervar la accion del demandante que es el primario y único fin á que se dirigen.

176 Si oponiéndose ántes ofrece el reo probarlas incontinente, que es en el término legal, y las prueba, deben decidirse, á ménos que requieran mas escrupuloso exámen é indagacion, por ser intrincadas en el hecho (lo qual se dexa al arbitrio del Juez, por no haber ley sobre esto), y no poderse liquidar brevemente, pues entónces se ha de reservar su decision para difinitiva, segun ha de hacerse tambien, quando se oponen despues de la contestacion como perentorias. Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno, porque acerca de la disputa de derecho no cabe, ni se requiere órden judicial, y siempre debe ser una la determinacion del Juez; y lo otro, porque para el pleyto que consiste en mero derecho, no conceden término las leyes, por no ser necesario hacer justificacion y estar resuelto en él lo que el Juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las expresiones dilatorias concernientes á los méritos de la causa (*a*)(*).

177 Tambien se deben expedir ó definir ántes de pasar adelante las relativas al proceso que llaman *emergentes ó incidentes*, como si se han de conceder ó no mas término, si se han de recibir ó no los testigos ántes del probatorio y otras semejantes.

178 Aunque una ley de Partida (*b*) ordena que si el Juez conoce que el ánimo del reo se dirige á diferir el pleyto con las excepciones, como regularmente acontece, puede prefinirle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no lo haciendo en él, pasar adelante; otra recopilada (*c*) prescribe el en que debe ponerlas, y segun ella residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del Juez, de cuya órden se le emplazó, tiene 9 dias contínuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales desde

(*a*) Cap. 1 cit. de Litis contest.

(*) Es excepcion dilatoria concerniente á los méritos de la causa segun Carleval (n. 14 cit.) la de pedir el actor ántes del plazo estipulado.

(*b*) La 9 tit. 3 P. 3 verb. Otrosi decimos. (*c*) La 1 tit. 5 lib. 4 ó 1 t. 7 lib. 11 Nov. Recop.

el dia de la citacion ó emplazamiento exclusive para oponer y justificar las excepciones dilatorias, pasados los quales no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, excepto que de no admitirse se le siga un grave perjuicio, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entónces con conocimiento de causa puede el Juez admitirlas. Pero si se halla fuera de la jurisdiccion, se cuentan los 9 dias desde el siguiente al del último y perentorio término que el Juez con consideracion á la distancia le asignó para comparecer (*a*).

179 Y para alegar y oponer las perentorias, de qualquier calidad que sean, le prefine la ley otros 20 dias, los quales empiezan desde que se concluyen los 9 referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleyto; y despues de ellos no debe admitirlas el Juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, como tambien que hasta entónces no llegáron á su noticia: en cuyo caso no probándolas en el término que el Juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion sin esperar á la definitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (*b*).

180 En la instancia en que se opusiéron alguna ó algunas excepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleyto se reciba á prueba sobre ella, á no ser que quien la opone, pueda justificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria (*c*): ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó ántes, porque de permitirse esto quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella á causa de ignorarla; y así se practica.

181 Lo expuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la restitucion por entero, porque éstos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez, con tal que sea ántes de la conclusion para difinitiva; pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el Juez les imponga en caso de no justificarlas (*d*). Y el Juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga; y si consiste en he-

(*a*) Dicha ley 1 que dice: "Contados del fin del término de la carta de emplazamiento. (*b*) Ley 1 cit. (*c*) Ley 5 cerca del fin tit. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 13 lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 5 y 6 tit. 5 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 13 lib. 11 N. R.

cho, es preciso oponerla, y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana sin ser necesario expresarla.

§. V.

De la contestacion de la demanda y de sus efectos: cómo y dentro de qué término debe hacerse.

182 La contestacion en los juicios es la respuesta asertiva ó negativa que da el reo á la demanda del actor (*a*). Es el fundamento, basa y piedra angular del juicio, y tan substancial y precisa, aunque sea en causas sumarias, que las partes no pueden remitirla, y si se omite, es nulo el juicio. Puede hacerse expresa ó tácitamente: expresamente, quando el reo comparece en él por sí ó por su Procurador con poder bastante, y responde á la demanda confesándola ó negándola; y tácitamente, quando por su contumacia ó rebeldía se declara por contestada, conforme lo ordena la ley (*b*) (*).

(*a*) Leyes 1 tit. 10 P. 3 y 1 tit. 4 lib. 4 R. ó 1 tit. 6 lib. 11 N. R. (*b*) La 1 citada.

(*) En este §. en que es demasiado breve el autor, nada habla acerca de quando el reo contesta afirmativamente, sobre cuyo punto dice el Sr. Conde de la Cañada: „Quando la contestacion se hace llanamente y de buena fé 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. P. 3.„ Pone las palabras de esta ley y otras, y prosigue asi. „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. - 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 difinitiva, 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.„ Despues añade. „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

183 Muchos efectos produce segun derecho la contestacion. El primero es, que una vez hecha no puede el demandante arrepentirse, dexar de proseguir la causa hasta la sentencia, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado, ni al contrario éste contra la de aquel porque ya hay juicio, está trabada la lite, y pasa á casi contrato que se celebra entre los litigantes, lo qual es permitido ántes de hacerla y se practica. El segundo es, cerrar la puerta é impedir que se pongan la declinatoria de fuero y demas excepciones dilatorias, quedando sujeto el reo al Juez y obligado al actor. El tercero es, interrumpir la prescripcion de accion, aunque se haga ante Juez árbitro. El quarto, constituir en mora y de mala fé al reo en quanto á los frutos de la cosa litigiosa; por lo que si es vencido en la causa, debe restituir los devengados desde la contestacion. El quinto es, que siendo válida, se perpetúa la accion personal por 40 años. El sexto, que el Procurador que la hace, puede substituir despues el poder que se le confirió, y con él y no con el dueño se deben entender todas las diligencias que ocurran en la causa, miéntras no le revoque el poder, hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada y no mas, pues su execucion ha de ser con el dueño en persona. El séptimo, que despues de contestado el pleyto se puede proceder á la recepcion de testigos, que ántes no tiene lugar sino en los casos expresados en los nn. 101, 102 y 103, de que tratan las leyes 2, &c. y 8 tit. 16 P. 3. Y el octavo efecto es, que una vez contestado el pleyto, aunque fallezca uno de los litigantes, puede el Procurador que le contestó, continuarle hasta su decision, sin embargo de que sus herederos no le ratifiquen el poder ni le den otro, con tal que no elijan nuevo apoderado (*a*).

indicada, no hay apelacion: Gregorio López in leg. 7 tit. 3 P. 3 glos. 1.,, Finalmente dice. ,,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 apelacion: Gutierrez *de Juram. confirm. part.* 3 *cap.* 3 *n.* 4 *et* 5: Gregorio López *in leg.* 16 *tit.* 23 *P.* 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 tenia, caducando éste con la prueba del error, queda igualmente destituida la sentencia de todo efecto, ó á lo ménos debe revocarse.,, (*Inst. Pract. part.* 1 *cap.* 4 *nn.* 14, 15, 16, 17 *y* 19.)

(*a*) Otros muchos efectos produce la contestacion que pueden verse en la ley 8 tit. 10. P. 3. Tambien pueden verse sobre revocacion de poder, &c. los nn. 17, 18 y 19 cap. 32 P. I.

184 Debe contestar el reo la demanda ante el Juez y Escribano de la causa, si pueden hallarse, y si no, ante otro Escribano y testigos con palabras claras y terminantes dentro de los mismos 9 dias siguientes al de la citacion ó emplazamiento en que debe oponer las excepciones dilatorias, los quales corren de momento á momento, aunque sean feriados, por lo que en estos y aun de noche se puede hacer, esté presente ó ausente el actor; y no contestándola en ellos, la ley la ha por contestada, y al reo por confeso en pena de su contumacia ó rebeldía (*a*) (*). Si el pleyto es sobre alcabalas, ha de hacer la contestacion dentro de 3 dias precisos, contados desde la intimacion de la demanda (*b*).

185 Aunque la malicia de los que procuran dilatar y vexar á sus contrarios, ha querido introducir que solo se cuente qualquiera término desde que toman los autos, y se les notifica algun traslado, no los toman hasta el último dia en que debian evacuarle, de modo que hacen que los 3 dias que tienen regularmente para responder á él, sean 9 ó mas, causando notables daños á sus colitigantes; no se debe permitir tan injusto proceder, y así se ha de contar qualquiera término desde el dia de su notificacion exclusive, de suerte que si en el en que espira, toma el litigante los autos, y al siguiente quiere apremiarle el contrario á su devolucion, se le debe dar el apremio, y de ninguna manera ha de contribuir el Juez ni Escribano á que contra lo prevenido repetidamente por las leyes que desean y ordenan justamente la brevedad en los pleytos, se dilaten y causen gastos y

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 4 lib. 4 R. ó 1 y 3 tit. 6 lib. 11. N. R.

(*) ,,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. -- 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 9 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. -- 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.,, El Señor Conde de la Cañada (lug. cit. nn 22, 23 y 24) que funda esta doctrina en la citada ley 1 y principalmente en la 1 t. 11 lib. 4 R. ó 1 tit. 5 lib. 11 N. R.

(*b*) Ley 5 tit. 7 lib. 9 R.

extorsiones á los que proceden de buena fé.

186 Para tener al reo por contumaz son precisas dos cosas segun la práctica inconcusa de los tribunales: una, que el actor le acuse la rebeldía, y otra que el Juez lo declare; por lo que si muere ántes de la contestacion, no pasa la pena de contumacia á sus herederos, y sí despues, se debe hacer saber á estos el estado de los autos para que salgan á su defensa, elijan otro Procurador, si quisieren, y les perjudique la sentencia, pues de otro modo no les perjudicará; y por lo mismo aunque en derecho se le estima confeso, no le está prohibido oponer dentro de los 20 dias siguientes al de la contestacion las excepciones perentorias. Pero si no quiere contestar, porque el Procurador del actor no legitíma su persona, no está obligado á ello, ni se le debe tener por confeso, ni el Juez ha de proceder á la determinacion una vez opuesto este defecto, porque en el juicio nulo no se puede considerar confesion.

§. VI.

De la reconvencion y sus efectos: dentro de qué término y ante qué Jueces debe hacerse; y en quáles causas tiene ó no lugar.

187 Como muchas veces competen á los demandados, no solo excepciones para enervar y elidir las pretensiones de los demandantes, sino tambien acciones para reconvenirlos judicialmente, y por evitar gastos en nuevos pleytos, ó en acudir ante sus propios Jueces, si son de diverso fuero, quieren usar de ellas en el mismo juicio; convendrá tratar de la reconvencion, mayormente quando nuestros AA. han hablado muy poco de ella.

188 La reconvencion *es una nueva demanda que el reo pone al actor despues de contestada la que éste le puso.* Puede hacerla el que tiene facultad para comparecer en juicio no habiendo expresa prohibicion; pero no se permite al actor que demande segunda vez, ó reconvenga en la misma causa al reo que le reconvino, lo qual es reconvencion de reconvencion, porque seria proceder en infinito (*a*): ni al reo excomulgado que reconvenga al actor, porque aunque puede comparecer en juicio para excepcionar y defenderse, no para intentar accion, lo qual se hace en la reconvencion (*b*).

(*a*) Cap. 2 de Rescript. in 6. (*b*) Cap. 5 y 12 de Excep.

189 Tampoco se permite al reo que reconvenga al actor por lo que debe, quando le demanda en nombre de otro, v. g. si el tutor le pide lo que está debiendo á su pupilo, al Clérigo como administrador de su Iglesia, &c. pues estos no son entónces verdaderos demandantes, sino los sugetos á quienes representan, y cuyas veces hacen (*a*).

190 Se diferencia la reconvencion de la compensacion: lo primero, en que el que opone ésta, confiesa el débito, no el que hace aquella, y así conviene mas al deudor que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, usar de la reconvencion que de la compensacion: lo segundo, en que quien compensa no puede exceder de lo que se le pide, y para lo demas á que es acreedor, debe usar de la reconvencion: lo tercero, en que si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvencion, mas no, siéndolo en ésta; y lo quarto, en que aunque en la primera instancia se omita la compensacion, puede oponerse en la segunda, lo qual no sucede con la reconvencion, porque en la causa de apelacion no ha lugar á la próroga de jurisdiccion, como se expondrá despues.

191 La reconvencion causa quatro efectos: el primero hacer que el proceso sobre la causa principal que sigo juntamente con ella, y que ámbas sin embargo de ser diversas, se determinen á un propio tiempo y en una sentencia, bien que por su órden, aunque la reconvencion sea de mas entidad: el segundo, dar y prorogar por derecho la jurisdiccion del Juez que conoce del negocio principal (*b*) aun quando no haya consentimiento de los litigantes: el tercero, que no está obligado el reo á responder á la demanda, si el actor no quiere contestar á su reconvencion, pues entrambas se han de tratar á un tiempo, y la condicion de los dos debe ser igual (*c*); y el quarto efecto es adequarse ámbas causas de tal suerte que el modo de proceder que se observa en la una, se debe observar en la otra.

192 Esta prorogacion de jurisdiccion se puede verificar, así de parte del demandante como del demandado: del demandante, quando pide al demandado ante Juez que no es suyo, y éste léjos de usar de la declinatoria reconviene al demandante ante él, pues por el mismo hecho consiente y le proroga la jurisdiccion; de parte del deman-

(*a*) Cap. 1 y 2 de Mutuis petition. (*b*) Leyes 32 tit. 2 verb. La tercera es: 20 tit. 4 y 4 tit. 10 P. 3. (*c*) Cap. 1 y 2 de Mutuis petition. y cap. últim. § fin. de Juramento calumn.

do, quando el demandante le demanda ante su propio juez, y el demandado le reconviene ante el mismo, pues debe responder á la reconvencion.

193 Se ven juntos á veces en los juicios de los dos primeros efectos de la reconvencion, y á veces solo el segundo: juntos quando la demanda y reconvencion caminan á igual paso, se siguen á un propio tiempo, y determinan en una sentencia por el órden expresado; y el segundo, quando la causa principal requiere brevedad por ser sumaria, y la reconvencion prolixo exámen por ser plenaria, y no estar líquida ni poderse liquidar, ni probar con prontitud; pues en este caso el Juez que conoce de la primera, proseguirá conociendo de la segunda, por manera que debe proferir sobre cada una su sentencia en su tiempo, y no aguardar á que se liquide y pruebe la reconvencion para decidir sobre la demanda, porque en esto haria agravio al actor.

194 No puede el actor dexar de responder ante el Juez de la demanda á la reconvencion del reo en los casos en que ésta es admisible, puesto que por derecho se le proroga la jurisdiccion pudiéndose prorogar, y no le protege el privilegio que tenga; por lo que si se excusa á ello, se le debe de negar la audiencia sobre su demanda como á contumaz, del mismo modo que si el reo no quiere contestar á ésta, se le tiene por confeso *ipso jure*; porque así como quiso obtener justicia ante el Juez que eligió contra el reo, así tambien se halla obligado á responder á la reconvencion de éste ante el propio Juez, por ser justo que ya que le escogió para que determinase á su favor, sufra que determine contra él (*a*) (*).

(*a*) Leyes 20 al fin t. 4 y 4 t. 10 P. 3.

(*) Si el reo solo puede ser demandado ante un Juez, tiene poca fuerza la razon fundada en la aprobacion del Juez para que el actor sea obligado á responder á la reconvencion, pues no ha de abandonar su justicia ó sus derechos, si tiene precision de litigar; y si se puede demandar al reo ante varios Jueces, tampoco tiene mayor fuerza dicha razon, porque el actor ha de elegir forzosamente uno de aquellos. El Señor Conde de la Cañada tiene lá expresada razon por *la causa remota ó secundaria del privilegio concedido á la reconvencion*, y por la próxima y principal el beneficio público que se sigue de minorar y abreviar los pleytos por medio de la reconvencion. Al mismo tiempo dice que esto se ha introducido tambien en beneficio del actor para que no se le moleste ni distraiga con la nueva demanda del reo ante otro Juez, aunque fuese el de su propio fuero, obligándole á que por atender á la defensa de esta causa abandone la suya; por manera que aunque el reo puede esperar á que se determine la primera demanda, y proponer despues la suya ante el Juez

195 En las causas civiles tiene esto lugar en tanto grado que aunque el actor que demandó al lego ante su Juez, sea Clérigo de órden sacro, y el reo le oponga la reconvencion por via de excepcion y defensa, ó por via de accion, deberá responder á ella ante el mismo Juez segun la ley 57 tit. 6 P. 1. „Mas si el clérigo demandáre alguna cosa al lego temporal, tal demanda como ésta debe ser fecha ante el juzgador seglar. E si ante quel pleyto se acabase, el lego á quien demanda, quisiere facer otra demanda al Clérigo su demandador, allí debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede excusar por la franqueza que han los Clérigos por razon de la Iglesia.„ Esta disposicion se funda en que el reo usa de la reconvencion para su defensa, y para que la accion del actor no le perjudique en mas de lo justo (*).

del fuero del actor, si quiere producirla estando aquella pendiente y en sus principios, ha de hacerlo precisamente en el tribunal del Juez que empezó á conocer de la primera demanda. Puede verse á dicho autor Inst. Pract. part. 1 cap. 6 nn. 5 y siguientes con especialidad en los nn. 24, 26 y 28. = En el n. 27 dice: "Si el reo que fué primeramente demandado en su fuero, tuviese al Juez por sospechoso, se le auxîlia por el medio de la recusacion, y el de que pida otro Juez libre de rezelos 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 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 señalen en el citado *cap.* 2 § 1 *de la Novela* 96, para explicar las sospechas y los rezelos que tenga el 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."

(*) De esta última parte.... (refiérese esto á lo que se ha dicho ántes del beneficio público que se sigue de disminuir los pleytos con admitir la reconvencion) 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.... 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 Principes, como sucede en las reconvenciones y mútuas peticiones. = 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.... se sujetan al Real por efecto de la reconvencion, tambien los legos, aunque

196 Pero se exceptúan tres casos en que no podrá el lego demandado reconvenir al Clerigo demandante ante el Juez secular: el primero si la reconvencion es sobre cosa espiritual ó anexa á ella, porque aunque la reconvencion quita el privilegio de la persona, no el de la causa de que el Juez no puede conocer por falta de jurisdiccion aun quando las partes lo consientan (*a*): el segundo, quando es por delito que ha cometido contra el lego aunque éste le intente civilmente (*b*), pues milita la propia razon; y el tercero, quando el lego injurió ó hizo daño al Eclesiástico, ó le hurtó alguna cosa con ánimo de que éste le demandase ante su propio Juez por la injuria ó delito, para poder reconvenir ante el mismo, pues no debe sufragarle este fraude, y si en tal caso se permitiera la reconvencion, ó se ofenderian impunemente el Clérigo y el lego, ó estaria en el arbitrio del uno sujetar al otro á la jurisdiccion de Juez que no era suyo (*c*).

197 Aunque segun derecho canónico se puede proponer la reconvencion en qualquiera estado de la causa para que surta el segundo efecto de la próroga de jurisdiccion, en cuyo caso no será reconvencion perfecta (*d*); por el nuestro debe hacerla el reo dentro de los mismos 20 dias en que ha de proponer las excepciones perentorias, y pasados no es admisible, ni por consiguiente surtirá afecto alguno (*e*). De una y de otras se debe conferir traslado al actor, quien para responder á las excepciones tiene seis dias (*), y para la reconvencion,

les está prohibido someterse en las causas profanas al fuero eclesiástico, ley 10 y 11 t. 1 lib. 4 de la Recop.) ó 7 tit. 1 lib. 4 y 6 tit. 1 lib. 10 N. R. han de ceder al beneficio público en que se funda la reconvencion con todos sus efectos." Sr. Conde de la Cañada cap. 6 cit. nn. 29 y 30.

(*a*) Cap. 3 de Ordin. cognition y cap. 5 qui filli sint legitimi. (*b*) Cap. unic. de Cleric. conjugat. in 6. (*c*) Capp. 15 y 16 de rescript. (*d*) Cap. 3 vers. Reus. quoque, de Rescript. lib. 6. (*e*) Ley 1 titul. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 7 lib. 11. N. R.

(*) "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.; (ó 3 tit. 7 lib. 11 N. R.) 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 sino 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:

si la hay, excepcionar, replicar y presentar escrituras que la encrven, nueve mas (a), contados unos y otros, segun se practica, desde el de la notificacion del traslado exclusive, pues corren de momento á

ley 28 tit. 16 lib. 2 de la Recop. (ó 2 tit. 6 lib. 11 N. R.) Aunque los Jueces presuman alguna malicia en las partes y en sus Procuradores aceeden 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."

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

»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 ésta favorable á la parte que solicitaba el nuevo término, se daria por agraviada, y recurriria en apelacion ó queja al tribunal superior.»

»Estas prudentes consideraciones inclinan á exponerse al menor daño por huir del mayor, y obligan á estar por la fé 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.»

»Sin embargo de esto, confiando el Consejo con mas justa razon en la integridad de los Letrados, y persuadido de que no solicitarian dilaciones ó nuevos términos para el despacho de los negocios de que están 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 no se admitan pedimentos de término para el despacho de los pleytos sin que los firme el Abo-

(a) Ley 2 tit. y lib. cit. ó 3 tit. 7 lib. 11 N. R.

momento, aunque sean feriados: por manera que segun nuestro derecho tiene el reo dos dias solos para contestar á la demanda y poner las excepciones dilatorias; contestada, puede proponer las perentorias

gado, 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.»

»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 motivaron; pero todos los que sirven estos oficios contestaron su certeza y observancia, y yo lo veo practicar así constantemente.»

»A 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 se 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. (ó 2 tit. 15 lib. 11 N. R.) se explica en los términos siguientes. »Ordenamos y »mandamos que en los nuestros Consejos y Audiencias, para concluir los pleytos »en qualquier estado, no se espere la tercera rebeldía; sino que todo lo que en »los procesos se hacía y concluia fasta aqui con tres rebeldías, ansi para sen»tencia difinitiva, como para autos interlocutorios, se concluya con sola una »rebeldía.»

»El auto 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 hacía, y concluía con tres rebeldías, se haga con una sola, »pasado el dia ó término que se diere para responder.» Al mismo intento, y casi con entera uniformidad: dirigen sus disposiciones la ley 47 tit. 4 lib. 3: la 2 tit. 3 (ó 13 tit. 4 lib. 11 N. R.), y la 20 tit. 6 lib. 4 de la Recop.»

»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.» (Omítense nueve números y se prosigue.)

»La ley 51 tit. 4 lib. 2 (ó 2 tit. 15 lib. 11 N. R.), y el auto acordado 2 tit. 24 del mismo lib. (ó ley 3 tit. 31 lib. 5 N. R.) dan ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es primitiva de los negocios que penden en los Consejos 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 hubieran explicado asi, 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

y la reconvencion dentro de los veinte siguientes, despues de los quales no se le debe admitir ésta; y el actor tiene seis dias para satisfacer á las excepciones perentorias, y nueve para responder á la reconvencion.

198 De la réplica del actor y documentos ó escrituras que presenten en satisfaccion á las excepciones perentorias y reconvencion del reo, se debe comunicar igual traslado á éste, para que en el término de otros seis dias responda á ella, deduzca sus réplicas, ó concluya; pues pasados no se deben admitir las escrituras, excepto que jure que las hubo de nuevo y viniéron á su noticia, en cuyo caso se le permite su pretension hasta la sentencia difinitiva y el actor hasta la interlocutoria; y sin mas pedimento ni auto de conclusion se ha de tener el pleyto por concluso, aunque las partes no concluyan: todo lo qual es conforme á nuestro derecho (*a*).

199 Pero lo que se practica, quando se sigue llanamente el juicio y no hay artículos dilatorios, es dar el actor dos pedimentos principales que son el de demanda y el de réplica al de contestacion del reo, respondiendo en éste al mismo tiempo á la reconvencion, si la hay; y el reo otros dos, el uno contestando á la demanda, en el que se ponen la reconvencion y excepciones perentorias sin dar otro para ellas, no obstante lo que indica la disposicion legal; y el otro satisfaciendo al de réplica del actor, ó concluyendo para prueba; bien que éste en vista de la contestacion y reconvencion puede concluir sobre todo sin replicar, y ninguna de las partes debe dar mas pedimentos sobre lo principal, pues la ley ha el pleyto por concluso.

en que fuere dada la sentencia, ó recibió la parte el agravio, y llegó á su noticia, y que si ásí no lo hiciere, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: »Que esto se guarde de aquí adelante, ansí en la nuestra Casa y Corte, y »Chancilleria, como en todas las ciudades, villas y lugares y provincias de »nuestros reynos.,,

»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 y 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 terminos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya, y tenga el mismo efecto que hacian las tres anteriormente: ley 2 tit. 3 lib. 4, ley 10 tit. 6 lib 4 de la Recop. ó 13 tit. 4 y 3 tit. 15 lib. 11 N. R.» Sr. Conde de la Cañada, Inst. Pract. part. 1 cap. 7 nn. 26, &c., 34, 44 y 45.

(*a*) Leyes 4 al fin tit. 16 lib. 2 (ó 1 tit. 14 lib. 11 N. R. y 2 tit. 5 y 9 tit. 6 lib. 4 R.) ó 3 tit. 7 y 1 tit. 15 lib. 11 N. R.

Si se forma algun artículo, se dan los pedimentos acerca de él, por cada uno el suyo, y del último se comunica traslado al que le formó, el qual concluye; y decidido, se continúa el negocio principal, en caso de que con el artículo no se termine, pues miéntras dura éste, debe estar suspenso el curso de aquel.

200 Si el actor en vez de responder al traslado que se le comunica, de la reconvencion, concluye llanamente, se estima haber respondido á ella, porque es contumaz, y así debe recibirse á prueba sobre todo; y si concluye específica y señaladamente sobre su demanda, desentendiéndose de la reconvencion, se debe dar traslado de su conclusion al reo, quien mediante á que la ley (*a*) por esta omision y silencio no ha por confeso al actor, ha de pretender que en atencion á no oponer su contrario excepcion que le exîma de responder á su reconvencion, se hayan ésta por contestada y los autos por conclusos para prueba, ó para los efectos á que haya lugar en derecho; y el Juez ha declarado así sin dar mas audiencia, porque aun quando sea incompetente por gozar el actor de algun fuero, le proroga éste la jurisdiccion por haberle elegido para sí y sujetádose á él: todo lo qual he visto practicar y declarar en pleytos que he seguido y en otros, y porque las leyes y AA. dexáron en silencio en particular, lo he tocado para evitar dudas.

201 La reconvencion se puede hacer regularmente ante qualquier Juez, no habiendo expresa prohibicion legal, y así tiene lugar ante el delegado, quando fué electo á peticion del actor para conocer de su negocio y no de motupropio del Soberano, pues en esto no se diferencia del Ordinario (*b*) por la razon que he expuesto y da la ley cit. al fin: „Cá guisada (*justa*) cosa es (*dice*) que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante este Juez, que ante él lo faga al demandado:„ lo qual se entiende no solo en la accion originada ántes de obtener el rescripto para que el delegado conociese de ella, sino tambien en la que se origine despues, á ménos que la facultad contenida en él se circunscriba limitadamente á ella, y se le prohiba entender en otra. Y el actor no puede apartarse de la demanda puesta ante el delegado despues de la reconvencion sin permiso del reo, aunque ántes sí para evitar que éste le reconvenga, y si el reo no quiere reconvenirle, nadie le puede precisar á ello.

(*a*) La final tit. 4 lib. 4 R. ó 4 tit. 6 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 20 tit. 4 P. 3 y cap. 1 de Mutuis petition.

202 Tambien ha lugar á la reconvencion ante los Jueces particulares que tienen algunas personas, v. gr. los escolares, quando el actor elige al Juez, porque su jurisdiccion se proroga por la eleccion y milita la razon de la ley: lo qual no sucede, quando alguno que tiene dos ó mas Jueces que puedan conocer de sus causas, es demandado ante uno de ellos, y porque no le conviene contestar la demanda ante él, pone la declinatoria, y acude ante otro que no lo es del demandante, pues no puede reconvenir á éste ante él, porque no le eligió.

203 Ante el Juez prorogado tendrá ó no lugar la reconvencion segun esta distincion: ó proviene la prorogacion de la sumision de uno de los litigantes ó de la eleccion de ámbos: si de la sumision del uno, v. gr. quando el mayor ó igual se sometió espontáneamente á un Juez, demandando ante él á su contrario, tiene lugar, porque por el hecho de someterse á su jurisdiccion es visto que no solo elige para sí sino tambien contra sí, en cuya atencion no se debe desdeñar de que así como conoce en su favor, conozca en contra; y si es electo por unánime consentimiento de los dos, no tiene lugar, porque á mas de no militar la razon legal ya expuesta se entiende haberle elegido solamente para conocer de la demanda, excepto que conste lo contrario.

204 No puede ser reconvenido el actor ante el arbitrador electo de consentimiento de los litigantes, porque carece de jurisdiccion, y solo tiene cierta nocion ó conocimiento limitado á la mera facultad dada por las partes que no puede exceder de los términos del compromiso, y así cesa la razon de la ley; pero bien puede serlo ante el arbitrio de derecho electo por disposicion de la ley ó estatuto para ciertas causas que se han de comprometer, con tal que lo sea para toda la causa y no para un solo artículo, como para conocer de la sospecha porque se recusa al Juez: porque á semejante arbitrio confiere la ley una jurisdiccion que aunque ni bien es ordinaria ni delegada, como tercera especie participa de ámbas.

205 Tampoco ha lugar á la reconvencion ante el Juez de apelacion: en primer lugar, porque el apelante no recurre á él por su voluntad sino por necesidad, para que le desagravie de la injuria que el inferior le hizo en la sentencia difinitiva: en segundo lugar, porque la apelacion únicamente sirve para reparar el perjuicio causado en la sentencia dada en primera instancia, y reduce la causa al estado que tenia despues de la contestacion, que es el de conclusion para prueba; y no teniendo como no tiene lugar despues de ésta la reconvencion,

tampoco puede tenerle ante dicho Juez, al ménos para que surta el efecto de tal; y en tercer lugar, porque este Juez no puede conocer de otra cosa que la de que se conoció en primera instancia. Si la apelacion fué de alguna providencia interlocutoria ántes de la contestacion, y el superior la confirma, sucede lo propio, porque no quedan en su jurisdiccion los autos, los quales se devuelven al inferior; pero si la revoca y tiene éstos, tendrá lugar ante él.

206 Sobre si el Juez diputado para conocer de cierta especie de causas puede entender en la de reconvencion sobre otras de diversa especie, se distingue: si no tiene facultad para conocer de alguna por el privilegio del litigante, pero éste le eligió, habrá lugar á la reconvencion, porque se verifica la razon de la ley, y no habiéndole elegido, no; y si no tiene facultad para conocer de una causa, porque su jurisdiccion es limitada á otras de determinada especie y cantidad, y no se amplía á otras de mayor cantidad y especie diversa, se ha de distinguir tambien: siendo la causa de reconvencion de la misma especie que la de la demanda, y diferenciándose solo en la cantidad, ha lugar á la reconvencion, porque por ser de la propia especie, se proroga accesoria é incidentemente la jurisdiccion del Juez; y siendo de diversa especie, no; como si la demanda es de cosa profana ante el lego y la reconvencion, de cosa espiritual ante él mismo, y en otros casos semejantes.

207 La reconvencion tiene lugar en qualquiera causa no repugnándolo su naturaleza y qüalidad, ó no habiendo prohibicion especial, aunque las dos sean de diverso género, como si la demanda es por la accion de compra y la reconvencion por la de mutuo, ó la una procede de accion real y la otra de personal, ó ambas son sumarias ó plenarias; ó una sumaria y otra plenaria (a); y deben substanciarse á un propio tiempo y definirse en una sentencia, á ménos que la una exîja celeridad y la otra no pueda liquidarse con tanta.

208 Ha lugar asimismo la reconvencion en las causas executivas, quando ambas se pueden liquidar y decidir á un tiempo, de suerte que no impida la una el curso y pronta expedicion de la otra (*); mas

(a) Clement. 2 de Verb. signific.

(*) El Señor Conde de la Cañada tiene por mas segura ó probable la opinion de que la reconvencion no es admisible en las causas executivas, y asegura que en los 32 años que habia defendido y determinado negocios en los tribunales de la Corte, nunca habia visto ni aun oido decir que se hubiese introducido una reconvencion ó mutua peticion para detener ó elidir la via executiva: infiriendo de aquí que aun quando el no uso de este remedio no acreditase el no hallarse recibido generalmente, era poco útil, y que habria otros medios mas seguros y

no, quando no pueden liquidarse, porque el instrumento executivo en quanto á poderse despachar execucion en su virtud es semejante á la sentencia, y como despues de ésta no se admite reconvencion, tendrá lugar solamente su admision en lo que concierna el segundo efecto, que es la prorogacion de jurisdiccion, porque versa la razon legal expuesta (*).

209 Igualmente ha lugar en las sumarias, aunque no quando la una es sumaria y la otra plenaria, sino en quanto al segundo efecto, á ménos que ésta se pueda liquidar al mismo tiempo que aquella, ó que el actor lo consienta (*a*): ni en las de depósito, porque estas son privilegiadas por la suma buena fé que debe haber en ellas, de suerte que no admiten ninguna excepcion ni compensacion, ademas de que lo líquido no se debe retardar por lo no líquido; y si se proponen, servirán únicamente para la prorogacion de jurisdiccion (*b*).

210 En órden á si en las causas criminales tendrá ó no lugar la reconvencion, se han de distinguir quatro casos. Primero. Si el acusado criminalmente acusa tambien de otro delito mayor al acusador ante su Juez, ó de otro que tenga conexîon con él, ha lugar á la reconvencion, no si lo hace de otro igual ó menor, á ménos que sea por su injuria, ó por la hecha á sus parientes, segun se ha sentado en el n. 74, ó que ámbos litigantes procedan por la suya, ó que el acusado se liberte principalmente por su acusacion del delito que se le imputa (*c*). Pero si el acusado no reconviene al acusador por su inju-

expeditos para poder aprovecharse los interesados de la accion ó excepcion que habian de producir en forma de reconvencion. Dicho autor prueba su dictámen con muchos y sólidos fundamentos, de los quales expondré únicamente dos. El primero consiste en que expresando la ley 2 tit. 21 lib. 4 R. (ó 3 tit. 28 lib. 11 N. R.) las excepciones ó defensas que deben admitirse contra tales obligaciones que traigan aparejada execucion, no menciona la reconvencion; y el segundo en que como la materia de las execuciones son las deudas de cantidad líquida, si concurriese esto así en la accion del actor como en la del reo, se despacharian dos execuciones *con notable embarazo de las diligencias judiciales y mayores gastos viciosos*; *á cuyo remedio*, añade el citado autor, *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*. Inst. Pract. part. 1 cap. 6 nn. 35, &c. y 49.

(*) Tambien impugna esta doctrina ó próroga de jurisdiccion con mucha solidez el Señor Conde de la Cañada (lug. cit. nn. 50, &c. y 55), y en fuerza de sus razones y de otras reflexîones que podrian hacerse, soy de parecer que nunca debe admitirse la reconvencion para el efecto de prorogar la jurisdiccion del Juez, siempre que no haya de seguirse y decidirse al mismo tiempo que la demanda principal.

(*a*) Cap. fin. de Offi. judic. (*b*) Cap. 2 de Deposit. (*c*) Ley 4, tit. 1 P. 7.

ria ó por la de los suyos, ó el Juez carece de jurisdiccion para proceder contra el acusador, v. gr. por ser Clérigo, ó para conocer de causa criminal, no se admite la reconvencion, porque el acusador acusa precisado de la ofensa ó injuria que recibió, no voluntariamente como en lo civil en que no media ni se interesa su honor, y así no se proroga la jurisdiccion al Juez en lo primero como en lo segundo, excepto que el acusador saque algun despacho ó provision para proceder contra el acusado; pues en este caso habrá lugar á la reconvencion, porque es visto haberle elegido para sí y contra sí, y milita la razon legal. Segundo. El acusado criminalmente no puede reconvenir civilmente al acusador, porque como éste lo hace por necesidad, no se verifican los efectos de la reconvencion por falta de voluntad del actor en la eleccion de Juez y demas razones ya expuestas. Tercero. El demandado civilmente puede reconvenir criminalmente al actor, siendo el Juez competente de éste y no de otra manera; pero se ha de conocer primero de la criminalidad como mayor y perjudicial á la accion civil. Y quarto caso. El acusado civilmente puede acusar tambien del mismo modo al actor ante su Juez, porque entónces versa la razon de la ley; pero si no es Juez suyo, no se le permite, porque el acusador ó actor le elige de necesidad por el delito cometido contra él, y no por su voluntad.

211 Para saber quando se admitirá ó no la reconvencion en las causas posesorias, tengo por conveniente explicar primero, quántos juicios posesorios hay, qué interdicto, accion ó remedio compete al despojado, quándo puede intentarle, contra qué personas compete.

212 Los juicios posesorios son tres: de recuperar, de retener y de conseguir: (*recuperandæ, retinendæ y adipiscendæ*) el juicio de recuperar ó reintegrar, es sobre recobrar el despojado la cosa ó cosas que poseía y se le quitáron por fuerza ó clandestinamente sin oirle ni vencerle en juicio: el de retener, es sobre conservar y mantenerse en la posesion que tiene; y el de conseguir, es sobre obtener aquella de que carece.

213 Es constante que al que está en posesion de alguna cosa ó finca, le debe mantener en ella el Juez, y no se la ha de quitar sin que primero sea oido y vencido en juicio, de suerte que no vale la Real cédula que se expida en contrario (*a*), porque en caso de duda

(*a*) Ley 2 tit. 13 lib. 4 R. ó 2 tit. 34 lib. 11 N. R.

es mejor la condicion del que posee (*a*), y así no probando el contrario su intencion en bastante forma, se debe conceptuar al otro por poseedor, aunque ningun título tenga para ello (*b*).

214 Pero se entiende, quando es poseedor de buena fé y no despojó al otro clandestinamente ni por fuerza de la cosa, porque si le despojó de esta suerte, justificado que sea, el despojado ó sus herederos y sucesores deben ser restituidos á la posesion ante todas cosas sin citar al despojador, aunque quiera probar ó pruebe inmediatamente su dominio, pues se le ha de reservar su derecho para que le deduzca en el juicio correspondiente que es el petitorio (*c*). Asimismo si el despojado percibia réditos ó renta anual del difunto, que otro poseia, se le debe restituir, para que continúe en su percepcion (*d*); pues así como el despojador hizo el despojo de propia autoridad sin dar lugar á que el despojado fuese oido, así tambien es justo que en pena de su delito y atentado restituya, sin que se le oiga, y que se le juzgue del mismo modo que juzgó (*e*).

215 Si el despojado usa de su derecho por via de accion, tiene para ello de término un año útil; pero si le intenta por via de excepcion, dura perpetuamente, porque lo que ha de demandarse en tiempo limitado, es perpetuo para excepcionarse.

216 Se le permite usar de dicha excepcion, no solo contra el despojador, ó el que mandó hacer el despojo, ó posee la cosa, ó la recibió, sabiendo que habia sido quitada por fuerza, sino tambien contra el que la enagenó á persona mas poderosa, ó de otro fuero, para que no se la quitasen; y no queriendo demandársela puede pedirles su estimacion (*f*).

217 Dicho remedio ó accion solo tiene lugar en el despojo de fundos, edificios y otros bienes raices poseidos civil ó naturalmente, y en el de cosas incorpóreas como servidumbres y otros derechos, no en el de los muebles, á ménos que estén en aquellos, pues entónces se puede intentar por todos juntamente. Y compete al despojado así contra el mayor de 25 años y capaz que le despojó violenta ó clandestinamente, aunque no posea la finca, y contra su poseedor y apoderado, como contra el que mandó despojar ó aprobó el despojo hecho en su nombre, no contra otros (*g*); por lo que si uno quita

(*a*) Leyes 128 ff. de Regul. jur. y 2 ff. Uti possidetis. cap. 65 del mismo tit. in 6. (*b*) Ley 28 tit. 2 P. 3. (*c*) Ley 5 P. 3. (*d*) Cap. fin. de Restit. spoliator. (*e*) Cap. 5 de Restit. spoliator. (*f*) Ley 30. tit. 2 P. 3. (*g*) Cap. 1g de Restit. spoliator.

por fuerza á otro alguna cosa suya, ó en que tenia algun derecho, pierde el que le competia en ella, y si ninguno le tocaba, debe restituírsela con todos los frutos percibidos y pendientes, y que pudo haber producido, ó con otro tanto como valian. Ademas, si la cosa se deterioró ó perdió despues, está obligado á pagar su valor en pena, porque debió haberla perdido ante Juez competente, y no tomarla de propia autoridad, haciéndose Juez en su misma causa (a), pero conseguida la restitucion de uno de los expresados no se le permite molestar á otros (b).

218 Asimismo le corresponde contra el Juez incompetente, pues por carecer de jurisdiccion se reputa persona privada; y aun contra el competente que le despojó de la posesion sin conocimiento de causa, porque por haberse excedido de los límites de su oficio se reputa incompetente. Lo propio milita, aunque proceda legalmente, si en la sentencia cometió algun exceso ó vicio substancial (c).

219 Mas no le compete contra los menores, fátuos, ni locos, ni á los hijos contra sus padres, aunque se les permite que les demanden la cosa para que se la devuelvan (d): ni al enfiteuta ó vasallo contra el señor del dominio directo, bien que puede reconvenirle para que le restituya á su posesion, ni contra el señor cuyos criados despojáron á alguno, á ménos que supiese eran de mala conducta, pues entónces es culpado, por permitirlos en su casa: ni contra los herederos del despojador, porque como es accion penal, y de consiguiente personal, no se transmite á sus herederos, ni á los de éstos, y solo se les da la accion referida contra ellos; ni tampoco contra el sucesor particular que es el poseedor de buena fé é ignora el despojo, si el despojador le dió, donó ó enagenó la cosa en disposicion última, ó por contrato lucrativo ú oneroso.

220 No pueden intentar este remedio el depositario ni comodatario, ni los que poseen en nombre de otro. Tampoco pueden intentarle el colono, enfiteuta, usufructuario ni otros semejantes, si ha poco tiempo que gozan de sus derechos, y se les concediéron por poco, pues son meros detentores, no poseedores, y así compete pedir la restitucion al señor de la cosa que disfrutan, como verdade-

(a) Leyes 10 tit. 10 P. 7. 1 tit. 13 lib. 4 (ó 1 tit. 34 lib. 11 N. R. 10 t. 17 lib. 5,) ó 11 tit. 31 lib. 11 N. R. (11 tit. 3 lib. 61) ó 8 tit. 1 lib. 6 N. R. y 7, 8 y 9 tit. 12 lib. 8 R. (ó 1 y 8 tit. 15 lib. 12 y 6 tit. 5 lib. 1 N. R.) (b) Ley 30 tit. 2 R. 3. (c) Cap. 1 de Sentent. & re judicat. (d) Ley 10 tit. 10 P. 7.

ro dueño y poseedor, en cuyo nombre poseen; bien que si recurren al Juez les protegerá (*a*).

221 Pero si se les concediéron por toda su vida estos derechos, y los señores de ellos los despojan por fuerza de su posesion, podrán intentar contra éstos dicho remedio, y ademas de tener que restituir con frutos la cosa, pierden para siempre el señorío, derecho ó utilidad que se habian reservado en ella, y cede en beneficio de los despojados. Si el despojador es extraño, debe restituírsela con los frutos y darle otra tan buena de la que los perciban en la misma forma que habian de percibirlos de la otra (*b*). Y si el deudor que entregó en prenda al acreedor alguna alhaja, se la quita por fuerza, pierde el señorío de ella, pues el acreedor es legítimo tenedor y poseedor (*c*).

222 Sentados estos principios paso á explicar. „si el verdadero despojador ó el tercero poseedor estará obligado á responder á la reconvencion del despojado, y si dichos remedios posesorios se podrán intentar por via de reconvencion, y acumular y seguir á un propio tiempo, y en juicio petitorio y posesorio.„ En esta atencion debo decir que si el despojado intenta contra el mismo despojador el interdicto de recuperar, y éste le reconviene por otro igualmente privilegiado se debe admitir la reconvencion, siendo sobre despojo de otra cosa, no de la misma, sin que esté obligado á restituir, y ámbas causas como de igual privilegio se seguirán y decidirán á un tiempo (*d*). Pero si es tercero poseedor con buena fé, y el despojado le demanda por el mismo interdicto, se halla éste obligado á responder sobre otro igual despojo ántes que le restituya la que pretende: porque el remedio de la restitucion contra terceros poseedores no es tan privilegiado como contra los verdaderos despojadores que por su delito deben ser castigados.

223 Intentando el despojado el mismo interdicto de recuperar contra el despojador, si éste quiere reconvenirle por el de conseguir, ó por el *petitorio* sobre la propia cosa, no debe admitirse su reconvencion ántes que la restituya, ya porque éstos no son igualmente privilegiados, y ya porque implica que pretenda conseguir el dominio de lo que tiene y la posesion de lo que posee (*e*): lo qual se am-

(*a*) Cap. 9 de Restit. spoliator. y cap. 17 de Præscrip. (*b*) Ley 16 t. 10 P. 7. (*c*) Ley 13 del mismo tit. (*d*) Leyes 5 tit. 10 P. 3 verb. Mas si el demandado non razon asse; y fin. tit. 10 P. 7. (*e*) Leyes 5 y 6 tit. 13 lib. 4 R. ó 5 y 6 tit. 34 lib. 11 N. R. y 40 tit. 28 P. 3.

plía, en primer lugar, aunque el despojador, ó un tercero se opongan, diciendo que la cosa es suya, y lo ofrezcan probar incontinente, pues no obstante esto ha de ser restituido préviamente el despojado, y se reservará al despojador y tercero su derecho, para que en otro juicio intenten la reivindicacion; y en segundo lugar, aun quando sean menores é imploren el beneficio de la restitucion, si confiesan que el despojado es señor de la cosa, pues no deben gozar de aquel, por obstarles la excepcion de dominio que aseguran tiene éste.

224 Tampoco por las razones ya dichas tiene obligacion el despojado de responder á la reconvencion del interdicto de retener (*a*) sobre la misma cosa que le hace el despojador; pues aunque ámbas causas de recuperar y retener son sumarias, la de despojo es privilegiada, y no se admite otra que no lo sea igualmente, por lo que no tiene lugar el juicio *petitorio*, ni el posesorio, y si se trata contra un tercero que no despojó ni mandó despojar, habrá lugar á la reconvencion del petitorio y posesorio de otra cosa, y de la misma lo tendrá solamente la del interdicto de retener (*b*).

225 Si el tercero poseedor usa por via de accion del mismo interdicto, exponiendo que el despojado le molesta extrajudicialmente, y pretendiendo que el Juez le ampare en la posesion de la cosa, y mande al despojado que no le perturbe en su posesion; puede éste hacer la reconvencion del interdicto de recuperar sobre ella, y se admite el concurso de ámbas acciones como sumarias.

226 Intentando el actor el juicio petitorio por accion real ó personal, esto es, porque el reo esté obligado á darle ó hacerle alguna cosa, ó sobre reivindicar la que dice ser suya; si el reo le reconviene sobre el violento despojo de otra cosa, se ha de distinguir: si deduce el despojo por reconvencion como accion, se seguirán ámbas causas á un tiempo como mútuas ó recíprocas peticiones, pues por lo mismo no excluye la una á la otra; pero si le excepciona, pretendiendo no se oiga al actor, miéntras no le devuelva la cosa de que le despojó, se suspenderá el juicio petitorio, procediendo á conocer de la excepcion, por ser dilatoria; y verificada la certidumbre del despojo, se declarará que el reo no debe contestar, ni el actor ser oido ínterin no restituya, y hecha la restitucion se continuará el juicio petitorio (*c*).

(*a*) Equivale en algun modo al artículo que hoy llamamos de ínterin ó de manutenendo. (*b*) Cap. 2 y cap. fin. de Ord. cognition. (*c*) Ley 5 tit. 10 P. 3 verb. Otrosi decimos; y verb. Mas si aquel que ficiere emplazar.

227 Si litigando dos, el actor sobre el remedio posesorio de recuperar, y el reo sobre el petitorio, sale un tercero pretendiendo tambien por el petitorio la cosa sobre que contienden; aunque el reo y el tercero ofrezcan probar que es suya, se debe deferir ante todas cosas á la restitucion solicitada por el despojado, y hecha, se proseguirá la accion del petitorio, sin que obste la excepcion del tercero opositor. Así lo ordena la ley 18 tit. 10 P. 7 que dice: „E por ende decímos que quando asi acaezca que tales demandas vengan de consuno sobre una cosa, que la demanda de aquel que dice que seyendo el tenedor, gela tomáron por fuerza, debe ser oida primeramente, é ser librada segun derecho, é de si oyan, é libren las demandas de los otros, assí como fuere derecho.„

228 Las causas de posesion y propiedad, ó el juicio petitorio y posesorio, regularmente hablando, se pueden acumular, recibirse á prueba para ámbas partes, y no dudándose quien posee, determinarse en una sentencia, pronunciando primero sobre el posesorio, y en quanto á la execucion siguiendo y prevaleciendo el petitorio; pero si se duda del poseedor, ó no consta probado mas que lo tocante al posesorio, se debe controvertir y determinar solamente sobre éste, para que se vea á quien incumbe probar en el petitorio (*a*). Es verdad que la acumulacion de acciones está prohibida; pero esto se entiende de las que son contrarias entre sí, ó se quitan por la eleccion, ó quando la sentencia absolutoria dada en la primera produce excepcion de cosa juzgada en la segunda; y como nada de esto sucede en las causas de posesion y propiedad, las quales son del todo separadas ó diversas, se pueden acumular, lo qual se permite para que se acaben mas presto los pleytos, y para evitar á los litigantes muchos dispendios (*b*).

229 Esta acumulacion de los remedios posesorio y petitorio no tiene lugar habiendo reconvencion sobre despojo, pues si la hay, se debe practicar lo que se ha dicho en los números anteriores, segun sean los litigantes. Además, aunque la reivindicacion puede acumularse con los interdictos de conseguir y recuperar por lo expuesto en el número inmediato, no con el de retener sobre una misma cosa, á causa de ser contrarios y repugnantes entre sí, puesto que quien intenta éste, confiesa tácitamente que está poseyendo con pretender se le mantenga

(*a*) Cap. 2, 3, 4 y 6 de Causa possess. &c. propietat. (*b*) Cap. 2 cit. de causa posses. & propietat. Lo dicho se limita en las causas de mayorazgo, sobre lo qual puede verse la I P. cap. 9 nn. 64 y sig.

en la posesion contra su contrario que se la perturba; y el que usa de aquella, afirma que no posee.

230 Lo dicho se limita en los derechos incorpóreos como las servidumbres, en las quales se pueden acumular el interdicto de retener y el remedio petitorio, por no haber contrariedad; y porque el poseedor puede usar de la accion *real ó confesoria*, que es la que compete al acto que afirma tener servidumbre en el fundo ó predio de otro; y así en virtud de esta accion pide se declare debérsele la servidumbre que poseyó hasta entónces, y se imponga perpétuo silencio á su contrario que se la perturba, haciéndole dar caucion de no turbársela.

231 Ambos remedios posesorio y petitorio se pueden tratar en un juicio y ante un mismo Juez, sea ordinario ó delegado, el qual debe oir á entrámbos litigantes, recibir á prueba sus pretensiones y determinarlas en una propia sentencia para evitarles muchas expensas, y porque quando quieren hacer probanzas, se les deben admitir; como asimismo para que no se divida su continencia, si se proponen á un propio tiempo (*a*). Mas esto procede, quando actor y reo son de un mismo fuero, pues siendo de diverso no puede ser (*b*); por lo que si el Clérigo litiga sobre la posesion contra el lego, y obtiene el juicio posesorio, no puede el lego demandarle ante el propio Juez secular sobre la propiedad, sino que debe acudir á su fuero, el qual por ser distinto, hace que se divida la continencia de la causa, segun se dixo en el n. 170. Y aunque el lego puede reconvenir al Clérigo, como igualmente se expuso en el 195, milita diversa razon, porque la reconvencion se hace en el mismo juicio, y así ésta como la causa de la demanda se siguen á un tiempo, y en el presente caso hay dos juicios, de los quales el uno no se principia hasta que el otro se concluye, por lo que el lego, como que es actor en el petitorio, debe seguir el fuero del Clérigo que es reo en él, y demandarle ante su propio Juez, al modo que en la causa de posesion siguió el del lego, y se la demandó ante el de éste.

232 Aunque está prohibido por derecho que despues de contestado el pleyto se pueda mudar la demanda, no se prohibe que intentado el juicio petitorio se vuelva al posesorio, porque no se muda aquella, sino que se enmienda, añadiéndole algo que es el posesorio,

(*a*) Cap. 1 de caus. posses & propietat. cap. 9 de probat. (*b*) Cap. ultim. de Judic.

y queda suspenso el petitorio hasta que conste de la posesion, de tal suerte que si el actor no obtiene ésta, pueda hacer reversion al petitorio, y si obtiene, mande el Juez que se le restituya y permanezca aposesionado de la cosa hasta que el reo pruebe competirle su propiedad y dominio; pero dicha reversion se ha de hacer ántes de la conclusion, pues conclusa la causa no se admite (*a*); ni tampoco se puede intentar el juicio posesorio una vez condenado el litigante en el petitorio (*b*).

§. VII.

De la prueba que se puede hacer en juicio, y de sus especies.

233 Conclusos los autos por las partes, ó habiéndolos el Juez por tales con dos escritos de cada una, segun lo ordena la ley 9 t. 6 lib. 4 R. ó 1 tit. 15 lib. 11 N. R. (*) debe en el término de los seis

(*a*) Cap. 5 de Caus. posses. & propietat. (*b*) Pareja de Edition instrum. tit. 6 resol. 9 n. 42 Roxas de Incomp. part. 5 cap. 5 nn. 19 y sig.

(*) »Del último escrito que presenta el demandado y completa los quatro (dice el Sr. Conde de la Cañada), 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 si para que se instruya de las exposiciones que hace el demandado, y concluya; y sino lo hiciere asi, debe el Juez declarar y tener el pleyto por concluso en cumplimiento de las leyes citadas.» Cita dicho autor á Paz y á Bolaños que opinan no debe admitirse absolutamente ningun escrito fuera de los quatro expresados, á causa de tenerse con ellos el pleyto por concluso sin otro acto de conclusion, y añade: »Las leyes en que fundan su opinion el Paz y el autor de la Curia Philipica dan justísimo 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 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.» Explica en seguida el citado autor la ley 4 tit. 16 lib. 2 R. ó 1 tit. 14 lib. 11 N. R. y despues dice: »Este termino 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 está disposicion limitada á los dos puntos que se han referido. — 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 es-

dias siguientes al de la conclusion recibirlos á prueba, si consisten en ella, y no de otra suerte, proveyendo auto interlocutorio á este fin, para que los litigantes justifiquen lo que les convenga; y no haciéndolo dentro de ellos, ha de pagar dobladas las costas que se causaren hasta que le provea, y 500 maravedís á la Real Cámara, en cuya pena incurre tambien, por tardar mas en pronunciar otro qualquiera interlocutorio (*a*). Pero aunque no haya mas que tres escritos; á saber: demanda, contestacion y conclusion, debe el Juez haberlos por conclusos y recibirlos á prueba; pues ni la ley precisa á que cada parte presente dos, ni es necesaria la réplica á la contestacion, si el actor no quiere hacerla, ya porque no contiene cosa digna de ella, ya porque en negando y contradiciendo lo perjudicial y adverso responde y replica á lo que dice el reo, lo qual basta para tener los autos por conclusos.

234 Este auto se debe hacer saber á los litigantes, ya se siga el pleyto en presencia de todos, ya en rebeldía de alguno, y no pudiendo éste ser habido, se ha de notificar á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se lo participen, dexándoles á este fin memoria expresiva. Si se despacha receptoría, se ha de notificar igualmente ésta en ámbos casos ántes que el que la saca use de ella (*b*), como se practica en el Consejo.

235 Sin embargo de lo que se ha sentado en el núm. 233, y de

tarlo quando ninguna insta por su continuacion. Así se vé en repetidos procesos que están pendientes muchos años en un estado, el qual se hace saber de nuevo á las partes quando alguno insta por su progreso, sin que hasta tanto interponga el Juez sus oficios para que los interesados la continúen: porque sería en cierta manera avivar los pleytos contra la intencion de las partes que pueden tener varias causas para terminarlos en qualquier estado, ó tomarse tiempo con alguna suspension para atender á otros objetos mas importantes, continúandolos despues con mayor comodidad.,, Finalmente dice el referido autor. ,,Lo único que disponen (varias leyes recopiladas de que ha hablado) 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 no ordinario de lo 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. 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.,, Instit. Pract. part. 1 cap. 7 nn. 4, &c. y 25.

(*a*) Ley 1 tit. 6 lib. 4 R. ó 1 y 3 tit. 10 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 8 tit. y lib. dich. ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R.

estar prohibido que el Escribano haga relacion de los autos, pues el Juez inferior debe verlos por sí, y no ha de tener Relator (*a*), se ha introducido en todos los tribunales de esta corte, y en algunos de otros pueblos, que se pida señalamiento de dia para verlos, y se cite con él á las partes; como asimismo que los Escribanos ordinarios hagan relacion á presencia de los litigantes ó de sus defensores, y que segun los méritos del proceso y calidad del negocio providencie el Juez, recibiéndolos á prueba, ó determinándolos definitivamente: porque si nada falta, ni tienen que probar las partes, puede y debe hacerlo conformándose en esto con la intencion de las leyes que desean consiga quanto ántes justicia el que la tiene, y prohiben que los pleytos se reciban á prueba sobre cosas que probadas no le han de aprovechar ni dañar al contrario, ó no conciernen al asunto litigioso, ó consisten en puro derecho, en el que está resuelto lo que el Juez debe determinar (*b*); por lo que si éste lo recibe á ella en dichos tres casos, se puede apelar de la providencia por dilatoria, gravosa y contraria á la prohibicion expresa de las leyes, y se debe revocar, como lo he visto hacer en el Consejo.

236 Prueba es una demostracion hecha por medios legítimos al Juez de alguna cosa dudosa sobre que se litiga ante él (*c*). El Juez no debe dexar de admitir la necesaria, por ser de derecho divino (*d*). Es de dos maneras, hablando con propiedad: á saber, *plena y semiplena*, se llama *plena* la que hace tanta fé, quanta basta para definir el litigio condenando ó absolviendo; y *semiplena* la que aunque hace alguna fé, no tanta que en su virtud pueda moverse el Juez á dar sentencia, como la que induce la escritura privada, la comparacion ó cotejo de letras, la confesion extrajudicial, la fuga del reo que debió responder, y no lo hizo, el dicho de un testigo solo ó la fama. Y generalmente hablando, la prueba tiene diversos nombres, como *judicial*, *extrajudicial*, *clara*, *ménos evidente*, *evidentísima ó plenísima*, *legítima*, que es la que se hace por testigos, instrumentos ú otros medios aprobados por derecho, y otra *mixta* que es la que se compone de dos semiplenas que se dirigen á un mismo fin.

237 Aunque segun el estilo de algunos tribunales extrangeros no está obligado el reo á probar sus excepciones hasta que el actor justi-

(*a*) Ley fin. tit. 9 lib. 4 R. ó 3 tit. 16 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 7 tit. 14 P. 3 y 4 tit. 6 lib. 4 R. ó 5 tit. 1 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 1 tit. 14 P. 3. (*d*) C. Novit. de Judic. Matth. cap. 18.

fica su intencion y demanda, para que aquel no sea gravado con expensas, á que no debe ser compelido, miéntras éste no acredite lo que propone; no se halla esto recibido en los de España, y así no obstante que la prueba incumbe regularmente al actor que funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en excepcion negativa improbable, por lo que si éste niega, debe ser absuelto, no probando aquel (*a*), pues en un derecho obscuro se le debe favorecer mas que al actor (*b*); si de su excepcion negativa resulta afirmativa por la razon porque niega, debe probar la excepcion y la causa ó motivo en que la apoya, pues es el fundamento afirmativo de su negativa, y en la excepcion que alega para su defensa, hace veces de actor (*c*); y lo mismo debe practicar éste con la suya, porque funda en ella su accion y demanda (*d*).

238 Pero á fin de hacer mas perceptible esta doctrina debo sentar, que aunque las negaciones son varias, y de ellas unas se pueden probar indirectamente y otras no; hablando en general, la negacion á proposicion negativa es de tres maneras: de *derecho*, de *qualidad* y de *hecho*. Negativa de *derecho* es aquella por la qual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho, ó no está permitida por éste; v. gr. que uno no puede ser Juez, Abogado, testigo, &c. y ésta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios concurrir en él el defecto que se le imputa, y así debe probarla el negante (*e*).

239 La negativa de *qualidad* es aquella, por la que se niega concurrir en alguno cierta qualidad, la qual si es de las que cada uno tiene naturalmente, v. gr. que es capaz y de claro entendimiento, ó que no era mayor quando contraxo, &c. debe probarla el negante, porque es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce afirmativa que transfiere la obligacion de justificarla en el negante, pues la presuncion está por su contrario, y no lo haciendo se deferirá á la solicitud de éste, aunque nada pruebe; y si es de las qualidades que competen accidentalmente, v. gr. que es noble, Doctor, &c. toca la prueba al afirmante; como asimismo si dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á

(*a*) Cap. 22 de Election. (*b*) Cap. 11 de Reg. jur. y ley 125 ff. del mismo tit. (*c*) Leyes 1 y 2 t. 14 P. 3 Roxas, Almansa de Incomp. disput. 2 q. 1 nn. 6 y 7. (*d*) Leyes 3, 4, 5 y 6 tit. 14 P. 3 cap. 6, 11 y 12 de Probation. cap. 28 de Sponsalib. y cap. últ. de Solution. (*e*) Leyes 2 y 4 tit. 14 P. 3.

lo material de la afirmativa, sino á que cada uno pruebe el fundamento de su intencion (*a*).

240 Y la negativa de *hecho* que se dice ser improbable por naturaleza, es de tres maneras: una *pura, simple, absoluta é indefinida*, otra que embebe en sí *afirmativa*, y otra *coartada*. La primera es la que no determina tiempo, lugar ni otra circunstancia, como la de alguno de no haber contraido ó hecho la muerte que se le imputa, &c. y ésta no se puede probar por el negante, porque el hecho no se presume, y así le basta negar (*b*). La negativa que embebe en sí *afirmativa*, es por exemplo, quando dice alguno que no renunció ó no contraxo espontáneamente; pues al mismo tiempo afirma que para renunciar ó contraer fué violentado, y así el negante debe probar esto (*c*). Y la negativa *coartada* es la que se limita á cierto lugar, tiempo ú otra circunstancia: v. gr. si se le imputa á alguna persona una muerte hecha en tal parte, tal dia y á tal hora, debe probar la negativa de que no estuvo allí sino en otra parte, porque esta excepcion negativa se reduce á afirmativa por la razon porque niega haber hecho la muerte (*d*). Con estas distinciones se discernirá, quando basta negar, ó es preciso probar la negativa, y se entenderá en qué casos incumbe la prueba no solo al actor, sino tambien al reo, pues muchos creen que basta á éste negar para ser absuelto.

241 La prueba judicial se ha de hacer de lo afirmado ó negado en la demanda, porque sobre esto se ha de dar la sentencia (*e*); y puede hacerse por ocho medios ó de ocho maneras, que son *confesion de parte* (bien que ésta mas es revelacion de ella que otra cosa), *juramento decisorio*, *testigos*, *instrumentos*, *privilegios*, *libros de cuentas*, *vista ocular*, ó evidencia, *presunciones*, ó conjeturas, *ley* ó fuero, y por *fama* pública (*f*): á que se puede añadir la que se hace por inscripciones esculpidas en mármoles ó lápidas antiguas puestas en las iglesias, y en otros edificios y lugares públicos de tiempo inmemorial, y por historias, mapas y tablas geográficas, y serán nueve clases de pruebas que expresan los siguientes versos.

Aspectum, sculptum, testis, notoria, scriptum,
Jurans, confessus, præsumptio, fama, probavit.

(*a*) Cap. únic. de Scrutinio in ordine, y cap. últim. de Præsumpt. (*b*) Leyes 1 y 2 t. 14 P. 3. (*c*) Cap. 2 de Renunt. (*d*) Ley 32 t. 11 P. 5 y argum. leg. 117 t. 18 P. 3. (*e*) Cap. 3 vers. Sed quoniam, de Ord. cognition. cap. 29 de Testib. (*f*) Leyes 2 tit. 11, 8 y fin. tit. 14 P. 3 y 3 tit. 1 lib. 2 R. ó 3 tit. 2 lib. 3 N. R.

242 La confesion ó declaracion judicial es respuesta afirmativa que un litigante da en juicio á lo que el colitigante ó el Juez de oficio le pregunta una ó mas veces (*a*). Se divide en *verdadera* ó expresa, y en *tácita*: se llama verdadera la que se hace con palabras ó con señales que manifiestan paladina ó claramente lo que se expone; y tácita la que se infiere de algun hecho ó se supone por la ley: v. gr. quando el preguntado es contumaz en no querer responder, ó en no responder como debe, ó huye despues de contestado el pleyto y le abandona (*b*).

243 Tambien se divide en *simple* y *qualificada*: se llama simple; quando el litigante confiesa lisa y llanamente lo que el colitigante le pregunta; y qualificada; quando por alguna qualidad ó circunstancia que añade, restringe la intencion de su contrario, por lo que le pone en la precision de hacer prueba de ella. Asimismo se divide en *judicial* y *extrajudicial*: se llama judicial la que se hace en juicio ante Juez competente, ó de su órden por escrito ante Escribano aprobado conforme á derecho; y extrajudicial la que se hace fuera de juicio, ó sí en él, ante Juez que no es competente para recibirla ni mandarla hacer, ó ante el arbitrador (*c*). De todas ellas paso á tratar.

244 Para que haga fé la confesion judicial contra quien la hace, debe tener las diez circunstancias que trae la ley 4 tit. 13 Part. 3 y comprehenden los siguientes versos.

1. 2. 3. 4. 5. 6.
Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus sit, & hostis,
7. 8. 9. 10.
Certum, lis que, favor, jus, nec natura repugnet.

La primera es, que quien la hace, sea mayor de 25 años, ó si es menor de ellos y entró en la pubertad, que la haga con autoridad de su curador; bien que aunque éste presencie el juramento, si es leso, se le restituirá (*d*): la segunda, que la haga espontaneamente sin miedo de tortura, ni por fraude ni promesa que el Juez le haga de que le libertará; pues no vale la hecha por engaño, ni tampoco en el tormento, sino es que al dia siguiente se ratifique en ella fuera de él, y conste del cuerpo del delito (*e*): la tercera que la haga con cierta

(*a*) Ley 1 tit. 13 P. 3. (*b*) Leyes 1 y 2 tit. 7 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 9 lib. 11 N. R. (*c*) Cap. 4 de Judic. (*d*) Leyes 1 tit. 13. y 3 tit. 25 P. 3. (*e*) Leyes 4 y 5 tit. 13 P. 3.

ciencia, porque si procede de error inculpable del hecho, y luego le prueba, puede revocarla ántes de la sentencia: lo qual milita asimismo quando no la hace de propósito sino con motivo de ira ó por causa falsa (*a*): la quarta, que sea contra sí ó para obligarse á otro (*b*): la quinta, que la haga ante Juez competente, ó de su órden ante Alguacil y Escribano, ó ante éste solamente, como se practíca (*c*), ó en la demanda y demas escritos, aunque sea sin juramento, ó ante el árbitro que procede observando el órden legal, mas no ante el arbitrador, porque ante éste no hay juicio: la sexta, que sea á presencia de su contrario (*d*), aunque esto rara vez se usa, pues ántes bien se estima por bastante que se le reciba sin presenciarla, que conste en los autos, y luego se le comunique: la séptima, que sea de cosa cierta en quanto á la substancia y cantidad, porque no siéndolo no le perjudica, á causa de no poder recaer sentencia sobre ella, y si es errónea, puede revocarla probando el error (*e*); pero el Juez debe compelerle á que satisfaga categóricamente á lo que se le pregunta (*f*): la octava, que se haga en juicio, porque si se hace fuera de él, sirve de presuncion y no de prueba, siendo la confesion de delito; y en los contratos le perjudica, estando presente su contrario ó su apoderado, y exîme á éste del cargo de probar, si al mismo tiempo que la hace, expresa la causa justa del débito, ó cosa que debe darle ó hacerle, pues sino la menciona, solo inducirá presuncion, excepto en los casos que expresaré en el n. 254 (*g*): la nona, que no sea á su favor, porque de lo contrario seria testigo en su misma causa, lo qual está prohibido (*h*), y la décima, que no sea contra naturaleza ni contra ley (*i*).

245 Concurriendo en la confesion las diez circunstancias referidas hace plena prueba, aprovecha al contrario del confeso, le exîme del gravámen y precision de probar, supera á todas las pruebas, porque ninguna iguala al dicho de propia boca, inutilíza las opuestas hechas por testigos ó instrumentos á su favor, desvanece las presunciones contrarias: es de tal calidad que aunque se haga en proceso inepto ó inválido, puede darse sentencia segun ella, y el confeso se tiene por condenado sin otra alguna (*k*); y puede pedirla una parte á la otra en qualquiera estado del pleyto, aunque sea despues de concluso, con tal que no esté sentenciado, como lo puede hacer el Juez de oficio

(*a*) Ley 5 cit. cap fin. de Confes. (*b*) Ley 4. tit. 13 P. 3. (*c*) Dicha ley 4. tit. 13, y leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4. R. ó 4 y 5 tit. 28. lib. 11. N. R. (*d*) Dicha ley 4 tit. 13 P. 3. (*e*) Dicha ley 4. (*f*) Ley 6 tit. 13 P. 3. (*g*) Leyes 4 y fin. tit. 13 P 3. (*h*) Dicha ley 4. (*i*) Leyes 4 y 6 tit. 13 cit. (*k*) Ley 2 tit. 13 P. 3.

para inquirir la verdad en caso de que haya duda (*a*). Ademas, puede pedir una parte á la otra todas las declaraciones ó posiciones que tenga por convenientes, de una vez ó de muchas, sin que pueda el Juez precisar al ponente ó interrogante á que de una vez las haga, y si hace lo contrario y no reforma su providencia como dilatoria, injusta y perjudicial, se puede apelar y debe revocarse, ya porque la ley no prefine quántas declaraciones ó confesiones ha de pedir una parte á la otra ni en quántas veces, y así pueden ámbas pretender se hagan las que quieran; y ya porque la confesion es la mejor prueba de todas, y con ella se evitan gastos y dilaciones. Así pues, para no acreditarse el Juez de ignorante ni constituirse sospechoso ha de deferir lisa y llanamente á la solicitud de quantas confesiones pida una parte á la otra siendo pertenecientes al punto sobre que se litiga, segun se practíca en esta corte.

246 Como la confesion debe ser de cosas concernientes al asunto litigioso, y para ello deben preceder preguntas que llaman *posiciones*; á fin de que no se confundan tal vez éstas con las preguntas ó interrogaciones que se hacen á los testigos, debo advertir que las posiciones se han de hacer clara y positivamente, y no con obscuridad ni por interrogacion, pues el que las pone, afirma como cierto lo que sienta en ellas, porque la posicion *es simple asercion hecha por escrito de hecho perteneciente á la causa, sobre el qual pide en juicio un litigante que el otro declare baxo de juramento, para relevarse de probarle.* Esto no puede decirse de las interrogaciones ó artículos, los quales son parte de la intencion del interrogante, contienen lo que intenta probar por testigos ó instrumentos, y quien los pone no confiesa lo que expresa en ellos, como en la posicion; bien que hoy los confunden muchos.

247 La costumbre introduxo las posiciones que despues aprobó el derecho, para que el ponente fuese relevado del gravámen de hacer prueba. Suceden en lugar de ésta, si el preguntado confiesa llanamente su contenido, y entónces no se necesitan testigos. Pueden hacérselas despues de la contextacion ámbos litigantes, aunque lo mas regular es el actor al reo, y una vez puestas en los autos no se pueden revocar, mudar, ni enmendar, excepto que sea incontinente, ó por error de hecho que contengan; si bien quando están obscuras, se deben declarar á pedimento del contrario, porque nada se les añade con la declaracion del ponente.

(*a*) Ley 2 tit. 12 P. 3.

248 Se diferencian las posiciones de los artículos ó interrogaciones; lo primero, en que quien articula, no confiesa los artículos, ni afirma ser verdaderos, sino que cree poderlos probar, por lo que á los testigos se pregunta de esta suerte: *si saben, han visto, ó tienen noticia, &c.* y quien hace posiciones, las confiesa, y afirma que ha sucedido ó no, que debe hacer ó no, que es cierta ó incierta la cosa que pone y sienta en ellas, y por eso hace la pregunta de esta suerte: *como es cierto, ó incierto, &c.* lo segundo, en que la posicion se hace regularmente en causas civiles, y la interrogacion en ellas y en las criminales; y lo tercero, en que las interrogaciones se hacen por la parte y por el Juez, y las posiciones solo por la parte y no por el Juez, el qual no puede hacerlas, sino que de ellas resulte duda, para aclararla, ya porque las posiciones suceden en lugar de prueba y el Juez nada tiene que probar, ya porque ignora los hechos, y así no sabe lo que ha de preguntar, y ya porque el que las pone, confiesa el hecho que sienta, y el Juez ninguno tiene que confesar (*a*).

249 No solo pueden hacer posiciones el reo y actor sino tambien sus procuradores en su nombre con su poder especial, y no de otra suerte (*b*); y siendo sobre el negocio principal se deben poner despues de contestada la demanda en el término probatorio, y ántes de la presentacion de los testigos, porque suceden en lugar de prueba, si se confiesan puramente; pero siendo sobre algun artículo ó excepcion que se proponga ántes de ésta, sobre el qual haya que hacerla, se pueden poner entónces; bien que como se han sentado, las puede hacer una parte á la otra hasta la sentencia en qualquiera estado del pleyto.

250 Mas lo que se practíca por abreviar, es presentar la parte del interrogatorio, pedir que á su tenor se exâminen los testigos que presente, y por un otrosí, que ántes de proceder á su exámen, jure posiciones el contrario al tenor de todas ó de algunas de las preguntas del interrogatorio; ó pedir se haga esto ántes de presentarle, y en vista de lo depuesto, que se le debe comunicar, formarle solamente sobre lo no confesado, pues no en todos los pleytos se pueden hacer, porque hay hechos que las partes ignoran, y es necedad el preguntárselos.

251 Siendo confusas ó no concernientes al pleyto las preguntas ó

(*a*) Cap. ult. de Jurejurand. lib. 6. (*b*) Ley 1 tit. 10 P. 3. Regla 72. de regulis juris in 6.

posiciones que un litigante hace al otro, no se halla éste obligado á satisfacer á ellas, ni el Juez se lo debe mandar ni admitirlas (*a*). Pero si se haen con claridad y sobre lo que se litiga, debe el preguntado, ó en su ausencia su Procurador, teniendo poder especial para ello, responder categóricamente baxo de juramento la verdad del hecho, afirmándola ó negándola simple y abiertamente sin el mas leve artificio ni cautela, ni con palabras de *creo ó no creo*, *ó me persuado*, *ó niego la pregunta*, *segun está puesta*, ni otras semejantes, pues no se le deben admitir. Tampoco ha de permitir el Juez que su Abogado esté presente á la declaracion, ni darle traslado ó copia de las posiciones, ni término para que se aconseje, porque debe dar su respuesta en el mismo acto, como lo ordenan las leyes (*b*). Tendrá esto presente el Escribano comisionado para recibirle su deposicion.

252 Si responde ambigua y confusamente, se le puede compeler á que satisfaga á las preguntas lisa y llanamente, y con toda pureza é ingenuidad, y si no quiere declarar, ó se ausenta por no hacerlo, habiéndoselo mandado el Juez tres veces delante de Escribano, (que es por tres autos) y no de otra forma, es habido, y le puede declarar por confeso, y determinar el pleyto, sea difinitivamente, ó recibiéndole á prueba segun su estado, ó segun halláre por derecho. Habiendo declarado, si despues se le convenciere de perjuro á sabiendas, incurre el actor en perdimiento de la causa, al reo se ha por confeso, y á entrambos se pueden imponer otras pei as. Respondiendo que ignora la pregunta, no se le debe admitir esta respuesta, y es habido por confeso (*c*); y quando está ausente, se ha de expedir requisitoria para que declare (*d*). Si el pleyto es de gravedad é importancia, debe el Juez recibir por sí mismo las posiciones y juramentos de calumnia, y no cometer al Escribano ni á otro su recepcion, sin que baste la ratificacion de la parte ante él (*e*).

253 De la confesion ó respuesta á las posiciones de una parte se debe dar traslado á las que las hizo, aunque no lo pida, para que exponga y pretenda en su vista lo que le convenga; mas no han de hacerse preguntas ni prueba sobre lo confesado clara y expresamente pena de 3@ maravedís al Abogado que las hiciere (*f*). Pero contra la

(*a*) Ley fin. tit. 12 P. 3. (*b*) Leyes 1 tit. 10 y 3 tit. 13 P. 3 y 2 y 1 y tit 7 lib. 4 R. ó 1 y 3 tit. 17 lib. 10 N. R. (*c*) Dichas leyes 1 y 2 tit. 7. (*d*) Ley 3 del mismo tit. 7 ó 2 tit. y lib. cit. N. R. (*e*) Ley 60 tit. 65 lib. 2 R. ó 6 tit. 9. lib. 11. N. R. (*f*) Leyes 3 cit. tit. 13 P. 3 y 4 tit. 7 lib. 4 R. ó 4 tit. 9 lib. 11. N. R.

confesion ficta, que es la que el derecho estima hecha, por no declarar ó no declarar conforme se debe, se ha de admitir prueba al preguntado, porque aquella surte el efecto de que se transfiera en él la obligacion de probar que incumbia al interrogante. Y para que éste no sea perjudicado con la declaracion de su contrario, ni se juzgue que la aprueba en caso de que niegue ó tergiverse los hechos, se debe poner en el pedimento esta cláusula: „Sin que sea visto estar á su dicho ó declaracion mas que en lo favorable, y sin perjuicio de la prueba en caso de negativa en todo ó parte, &c.„ Con ella puede luego probar lo que haya negado, tergiversado, ó declarado obscuramente el contrario, y aun hacer que vuelva á declarar.

254 La confesion extrajudicial en causas civiles, si se hace á presencia de dos testigos y de la parte contraria con palabras claras, terminantes y dispositivas, y expresion de causa justa, ó aunque ésta no se exprese, si luego se justifica, hace plena prueba presentándose despues en juicio, y aceptándose por la parte á quien favorece, ó por su Procurador para que no se pueda revocar, y perjudica al confeso y á sus herederos. Si la parte está ausente, hace prueba semiplena, y aunque no la presencie, si es hecha por escrito, ó en favor de causa pia, ó promisoria, ó jurada, ó aceptada por alguno en nombre de aquel, en cuyo beneficio cede, y éste aprueba la aceptacion; ó si es geminada, esto es, si se hace en dos ocasiones con intermision de tiempo, prueba plenamente (*a*).

255 La segunda clase ó especie de prueba de las referidas en el n. 242 es el juramento decisorio del pleyto necesario, ó supletorio que un litigante pide al otro en juicio, el qual hace plena probanza, con tal que así respecto del negocio que se controvierte, como de parte de los litigantes concurran las cinco circunstancias expresadas en el n. 92 de este capítulo.

256 La tercera es la de *testigos*, y para que hagan fé contra quien se presentan, se ha de atender á su condicion, sexô, edad, capacidad, fama, fortuna y fé, cuyos requisitos comprehenden estos versos:

Conditio, sexus, ætas, discretio, fama,
& fortuna, fides; in testibus ista requires.

Asimismo han de tenerse otros presentes. El primero es, que en

(*a*) Ley fin. tit. 13 P. 3.

las causas civiles sean de 14 años, y en las criminales y de pesquisa de que pueda resultar muerte, mutilacion de miembro, ó destierro, tenga 20 cumplidos á lo ménos, aunque en llegando á la pubertad pueden testificar de lo que ántes de ésta han visto y se acuerden; y si son sagaces y discretos, tambien podrán hacerlo en su edad pupilar, y su dicho inducirá presuncion (*a*). Así pues, en las causas criminales se reciben por costumbre y para inquirir; bien que en las de lesa Magestad hacen fé, excepto que sean enemigos capitales de aquel contra quien testifican (*b*). El segundo es, que den razon de su dicho, que aquella sea diversa de éste, y que depongan de positivo y cierta ciencia, y no de parecer ó creencia lo que percibiéron por los sentidos; pues semejante deposicion, como que dimana de conjeturas, solo induce presuncion, excepto que sea próxîmo al sentido, por el qual se pueda percibir la verdad del hecho: v. gr. haber visto á un hombre y muger desnudos, solos y encerrados, por cuyo hecho se presume y puede creer el adulterio, ó quando concurren otros adminículos para creer aquello de que se trata, y el testigo los expone: ó en casos de dificil probanza, ó para probar la inocencia del reo, ó cosas que consisten en la pericia de algun arte, v. gr. del de los Médicos y Comadres; ó contra quien presenta el testigo (*c*). Tampoco han de deponer de oidas á otros, porque esta deposicion no se funda en el hecho principal sino en el dicho de un tercero, en cuya atencion solo induce presuncion, y únicamente hará prueba sobre hechos, labores y otras cosas antiguas oidas á sus mayores, y éstos á los suyos, ó contra el que presenta los testigos, ó en defensa del reo, ó en causas de dificil prueba (*d*), ó en las de inquisicion ó pesquisa, en las quales deben jurar tambien de lo que creen sobre el hecho que se les pregunta, si es cierto ó no (*e*). El tercero es, que sean citados y rogados para desvanecer toda sospecha de falsedad, y no transeuntes. El quarto es, que no solo se presenten, sino que se juramenten tambien dentro del término probatorio ántes de declarar, y no ántes de la contestacion, sino en los casos expresados en los nn. 98, &c. y 103, ni despues de la publicacion de probanzas, á ménos que sea sobre nuevos artículos dependientes de los primeros. El quinto es, que para conocerlos y verlos juramentar se señalen dias y horas á la parte contraria, por si quiere asistir; cuyo señalamiento puede hacer el Escribano, excepto que la parte

(*a*) Ley 9 tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 13 tit. 16 P. 3. (*c*) Leyes 8 y 10 tit. 16 P. 3. (*d*) Ley 29. tit. 16 P. 3. (*e*) Leyes 25 28 y 29 tit. 16 P. 3.

quiera que lo juramente el Juez, pues faltando el juramento y citacion no hacen fé, á ménos que el testigo se presente de convenio de las partes, y que las dos se conformen en que no se cite ni jure, relevándole del juramento (*a*); y habiéndose juramentado en dia útil del término probatorio, pueden ser exâminados en el feriado de él, y tambien fuera del término, segun se practíca en estos reynos de Castilla. Y el sexto requisito que ha de tenerse presente es, que no tengan prohibicion de testificar en juicio, la qual por nuestras leyes (*b*), no tienen ningun hombre ni muger, sino los que se expresarán en los números siguientes.

257 No hacen fé en juicio el excomulgado vitando, el infame conocidamente por hecho ó derecho, sino en causa de traicion contra el Rey ó su reyno, con tal que primero se le atormente: el perjuro ó testigo falso, el de mala vida y fama, como ladron, alcahuete, tahur conocido (1) y borracho, aunque no lo esté, quando depone: el loco, mentecato ó fátuo, el amigo íntimo del que le presenta, ó enemigo capital de aquel contra quien es presentado; pero si lo es de ámbos, podrá testificar (2): el familiar ó criado del presentante sino en cosas domésticas que ningun otro puede saber mejor ni tan bien: el paniaguado, el interesado en la causa, á ménos que sea el capitular ó particular en las de su cabildo, concejo, comunidad ó universidad, aunque si la causa en que se presentan por testigos los vecinos de un pueblo ó individuos de comunidad, toca al interes particular de cada uno, no se deben admitir, ni harán fé sus dichos: los ascendientes y descendientes, sino que sea sobre edad ó parentesco suyo: el Juez en la causa que juzgó ó ha de juzgar, bien que puede certificar al superior de lo que pasare ante él, si se lo manda, y aun decir lo que sepa, siendo presentado á falta de otros, y no habiendo malicia en presentarle para excluirle de Juez, pues queda recusado: el Abogado, Procurador,

(*a*) Ley 23 tit. 16. P. 3 cap. 2 de testib. (*b*) Las 2, 8, 9, 10 y 23 t. 16 P. 3.

(1) La ley cit. 8 tit. 16 P. 3 dice: "ó tafur que anduviese por las tavernas, ó por las tafurerias manifiestamente; ,, y nuestro Diccionario Castellano dice que tahur es. ,, El que continúa mucho las casas del juego, ó es muy diestro en jugar. Tomábase en lo antiguo por el que jugaba con engaños y trampas ó dobleces para ganar á su contrario. ,, Así pues, éste, y no el primero será el incapaz de testificar.

(2) Paréceme peligroso admitir por testigo al enemigo capital de ámbos litigantes. Podria serlo del uno mas que del otro, y podria con faltar á la verdad vengarse mas del uno que se vengaria del otro diciéndola.

Apoderado, Agente ó Curador á favor de la parte á quien defienden; pero sí al de la contraria, en cuyo caso debe ésta protestar al tiempo de presentarlos, *no estar á su dicho mas que en lo favorable*; porque de omitir esta cautela pueden perjudicarle con su deposicion, si por pasion declaran á favor de su parte, y por el hecho de valerse de ellos absolutamente aprueba sus personas y dichos; excepto que convenza despues su falsedad; el que dixo mentira por precio ó soborno, el que falsificó carta, sello ó moneda del Rey; el alevoso, traidor y homicida, excepto en su defensa; el que intentó hacer alguna muerte, ó abortar á muger preñada con yerbas, veneno ó de otra manera; el marido por su muger, ésta por él, ni uno contra otro en ningun pleyto; los hermanos miéntras estan baxo de la patria potestad, pero sí despues; los sócios en pleyto de su compañía, mas sí en otro, con tal que no sea en causa criminal, en que todos son cómplices; el no conocido del Juez ni de la parte contra quien es presentado, siendo muy pobre y vil; el casado que vive amancebado públicamente (1); el que extrae y roba las Religiosas de su convento, el que violenta las mugeres para acto impúdico, aunque no las robe, el Religioso apóstata, miéntras lo sea, el que á sabiendas se casó sin dispensa con parienta dentro del quarto grado, el muy pobre y vil ó de mala fama, el que hizo pleyto homenage, y no le cumplió pudiendo y debiendo, el Judío, Moro ó Herege contra Christiano, excepto en causa de traicion contra el Rey ó su reyno: ni en pleyto de eviccion el que vendió la finca, porque es interesado (*a*).

258 No deben ser apremiados á ir á testificar en juicio civil el que fuere mayor de 70 años, el soldado ú otro que se hallare ocupado en la guerra, miéntras lo esté: el que tuviere tan grande enemistad que sin gran peligro no puediese ir al lugar destinado, ni el enfermo ínterin se halle así. Tampoco deben serlo á ir ante el Juez los Arzobispos, Obispos, Próceres y Personages, ni las mugeres honradas que viven honestamente, por lo que si el pleyto es grave, debe el Juez ir á su casa á recibirles sus declaraciones, y no siéndolo, comisionar para ello al Escribano (*b*), poniendo auto por escrito y no verbalmente, pues no basta.

259 En causas criminales no puede testificar el que está preso,

(1) *Nin aquellos que son casados, é tienen barraganas conocidamente*, dice la ley 8 cit. pero yo dudo de que esto se observe en el dia, aunque no ignoro que si se observase, habria muchos casados ménos capaces de testificar.

(*a*) Leyes 8 y 14. &c. y 22 tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 35 tit. 16 P. 3.

contra otro que sea acusado criminalmente (1), ni el que lidia por dinero con bestia brava, ni la muger prostituta (*a*); y ni á los parientes del acusador dentro del tercer grado, ni á los que viven con él quotidianamente, se deben admitir por testigos en dichas causas contra el acusado (*b*).

260 Tampoco deben ser apremiados ni atormentados para declarar como testigos los ascendientes, descendientes, ni transversales dentro del quarto grado en causa contra sus personas, fama ó la mayor parte de sus bienes, ni los suegros, yernos, padrastros é hijastros unos contra otros, aunque si espontáneamente testificaren, valdrá su dicho (*c*); lo qual deberá expresarse en su declaracion, como lo advierte Gregorio Lopez (*d*), y tendrá presente el Escribano. Asimismo no deben ser apremiados á ir á testificar en ellas marido y muger uno contra otro (*e*), ni el corredor sobre la cosa vendida por su mano sino de unánime consentimiento de las partes (*f*).

261 El dicho del siervo hará fé en estos cinco casos: en causa de traycion y defraudacion del Real haber, en la de muerte de su señora por el señor, ó de éste por ella, en la de adulterio de ésta, en la de muerte de su señor por sus herederos, y quando son dos sus señores, si el uno es acusado de haber muerto al otro; y para ser creido se le debe atormentar; pero despues que esté libre, puede testificar de lo que vió y supo, miéntras fué siervo (*g*).

262 Habiendo explicado qué requisitos han de concurrir en los testigos para que sus dichos hagan fé, y quáles pueden ó no testificar en juicio, paso á decir cómo ha de recibírseles el juramento á ellos y á las partes, quando declaran en juicio ó juran algun contrato en los casos en que se permite hacerlo para su mayor firmeza. El Católico secular debe jurar en esta forma. Ha de hacer la señal de la Cruz con los dedos pólice é índice de su mano derecha, como asimismo el que le juramenta, ó á lo ménos éste, quien debe preguntarle: „Si jura por Dios nuestro Señor y por aquella señal de Cruz decir lisa y llanamente quanto supiere y sea concerniente á los hechos de aquel pleyto por ámbas partes, aunque no sea preguntado sobre ello; y que

(1) »Porque mucho ayna (*facilmente*) podria ser que diria falso testimonio, por ruego de alguno que le prometia, que lo sacaria de aquella prision en que yace.» Ley 10 que se cita.

(*a*) Ley 10 tit. 16 P. 3 y fin tit. 30 P. 7. (*b*) Ley 31 tit. 16 P. 3. (*c*) Leyes 10, 11 y 15 tit 16 P. 3, y fin. cit. (*d*) Ley 11 cit. (*e*) Dicha ley final. (*f*) Ley 36 tit. 16 P. 3. (*g*) Ley 13 t. 16 P. 3.

por amor, temor, ódio, venganza, promesas, dádivas, ni por otro motivo alguno no ocultará la verdad, ni dirá mentira por favorecer ni perjudicar á ninguno de los litigantes, y que ántes bien declarará lo cierto como cierto, y lo dudoso como dudoso, segun lo tenga en su mente, sin añadir, quitar, ni tergiversar; como tambien que á ninguna de las partes revelará lo que se le pregunte, ni lo que declare hasta que el Juez lo publique (*a*). El testigo ha de responder, *así lo juro*; y entónces el que le juramenta ha de decirle: „si así lo hiciere, Dios le ayude; y si no, le haga cargo de ello en su recto tribunal, quando le tome estrecha cuenta de su vida:„ á lo qual ha de responder el testigo; *amen*, *ó así sea*. Esta fórmula trae la ley 24 tit. 16. P. 3; la qual no se observa en quanto á poner el testigo las manos sobre los santos Evangelios, ni en otras cosas, y en su lugar se jura por costumbre sobre la Cruz, pues en jurando por Dios y por ella, no hay mas por quien jurar.

263 No debe ser creido regularmente el testigo en lo que declare, no habiendo sido juramentado sobre ello (*b*); y para que ninguno de los litigantes pueda repeler su dicho, pretextando excederse de los particulares contenidos en las preguntas, segun se han articulado, por no haber sido juramentado acerca de lo demas que depuso, (pues cada uno los articula á su modo, y calla lo que le tiene cuenta) prevengo al Escribano que en la recepcion y extension del juramento observe precisamente dos cosas. La primera es, que se pongan las palabras: „decir quanto supiere, y sea concerniente á los hechos de aquel pleyto por ámbas partes, aunque no sea preguntado sobre ello.„ Por exemplo, si preguntan á alguno, si es cierto que Pedro hirió á Juan con un puñal tal dia, á tal hora, y en tal lugar, no solo ha de responder á esta pregunta ciñéndose á lo literal de ella, sino tambien declarar si Juan le provocó ó injurió ántes de palabra ú obra, ó lo que precedió y dió motivo para herirle, y así entre otros casos; pues lo demas es ocultar la verdad de parte del hecho, no deponiendo sino por el que le pregunta, y así se ha de entender el mandato de la ley. Y la segunda, que jure asimismo que „á ninguna de las partes revelará lo que se le preguntó, ni lo que depuso:„ pues de este modo se evita la corrupcion y soborno de otros testigos, si no declaró á medida del deseo de la que le presentó. Si el testigo es lla-

(*a*) La ley 8 tit. 6 lib. 4 R. ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R. prohibe tambien dicha revelacion. (*b*) Ley 31 tit. 16 P. 3. cerca del fin.

mado á declarar en pesquisa, debe jurar no solo decir la verdad de lo que sabe ciertamente, sino tambien de lo que oyó decir, y de si cree ó no ser cierto el hecho sobre que se le pregunta; por qué le cree, y á quién le oyó (a). Y aunque cada testigo debe ser exâminado con separacion, pueden ser juramentados muchos á un mismo tiempo, porque ni hay ley que lo prohiba, ni resulta el mas leve daño de ello al que los presenta, ni á su contrario; y éste en caso de asistir al juramento de ellos debe firmarle, si sabe, y si no asiste, ha de expresarse así en él, segun se practica:

264 Al litigante católico secular se ha de preguntar: „Si jura por Dios y por la señal de la cruz que forma con su mano derecha, decir lisa y llanamente lo que supiere sobre lo que se le pregunte, sin ocultar la verdad ni tergiversarla, sino conforme la perciba y sea en sí.„ Debe responder, *que así lo jura*, y despues le ha de decir el que le juramenta, lo que se ha referido en el n. 262, y él ha de responder: *Amen*. Esto es arreglado á la ley 19 tit. 11 P. 3 que habla indistintamente, sin exceptuar á persona alguna noble ni plebeya; y aunque trae mas extension en lo ceremonial, lo ha modificado la práctica por la razon expuesta. Del mismo modo juran los Clérigos de órdenes menores, porque para esto, aunque posean beneficio eclesiástico, se reputan legos.

265 Los Judíos han de jurar por un solo Dios todo poderoso que crió al cielo y la tierra, y todas las demas cosas visibles é invisibles, y sacó á su pueblo de la esclavitud de Egipto, llevándole á la tierra de Promision: por la Ley de Moyses que profesan, y por todo lo que creen de la Biblia sacra, decir verdad, &c.„ y el que los juramente, despues que respondan, *que así lo juran*, debe decirles: „si así lo hicieres, el mismo Dios os ayude y premie, llevándoos al Paraiso celestial como á Abran, Isaac y Jacob, vuestros progenitores, y si no, envie sobre vos todas las plagas que envió contra Faraon y su reyno, y todas las maldiciones que por vuestra ley estan puestas contra los que desprecian los mandamientos de Dios; y han de responder: *Amen*. Esto es conforme á la ley 20 del mismo tit. 11.

266 A los Moros puestos en pie, teniendo levantado el brazo, y mirando hácia el mediodia, se les ha de juramentar de esta suerte: „ Juras por Alaquivir, aquel que tú dices ser gran Dios, y á quien haces oracion: por Mahoma, que llamas su gran Profeta, por su Alco-

(a) Ley 25 tit. 16 P. 3.

ran, y por todo lo que entiendes y crees de tu ley, y por ella te está mandado guardar, que dirás verdad, &c. Debe responder: *sí lo juro*; y el que le juramenta, le ha de decir luego: „Si así lo hicieres, hayas parte con él y con los demas Profetas en los paraisos en que crees están: y si no, seas apartado de todos los bienes que dices te tiene prometido, y caigas en todas las penas en que el Alcoran amenaza á los que no creen en tu ley.„ Ha de decir: *Amen*. Así lo ordena la ley 21 de dicho tit.

267 Los Eclesiásticos seculares de órden sacro han de jurar (precedida licencia de su Ordinario en el fuero secular y en causas civiles (*a*) „como Sacerdotes y por las sagradas órdenes que han recibido;„ tocando al mismo tiempo y formando la Cruz sobre su pecho con la mano derecha. Los Religiosos Sacerdotes por lo mismo y por el *santo hábito que visten*, y los legos *por Dios, por la señal de la Cruz y por el santo hábito*; cuya fórmula es la establecida por uso y costumbre del foro ó de los tribunales. Los caballeros de las órdenes militares por *Dios y por la Cruz de su hábito que traen al pecho*, tocándola al propio tiempo con la mano derecha; y así se practica por no haber ley que prescriba en todos estos otra forma de juramento ni solemnidad. Y aunque algunos dicen que al Sacerdote no se debe pedir que declare baxo de juramento, porque su declaracion jurada no admite prueba en contrario, no debe seguirse esta opinion errónea y puramente caprichosa, porque no hay texto canónico, ley, ni fundamento sólido en que apoyarla, y de no admitirla, como se admite acerca del dicho de otro qualquiera litigante ó testigo, se deduciria que el Sacerdote, aunque hombre, era incapaz de mentir.

268 Los Hereges, Arrianos, Eusebianos, Maniqueos, Luteranos, Hugonotes, Calvinistas y demas sectarios, y los cismáticos han de jurar *por Dios todo poderoso, por los santos Evangelios, y por lo que creen de la Biblia ó Escritura sagrada, nuevo y antiguo testamento*; y los pérfidos ateistas, puesto que niegan la primera causa, jurarán por aquello á que les obliga el juramento segun su secta. Los idólatras ó gentiles por el dios ó dioses que digan adoran, y con las ceremonias que acostumbren, en las que suelen estar muy bien instruidos, poniendose en la extension del juramento segun las hagan, pues en nuestro derecho no hay ley que las exprese.

(*a*) Cap. Testimon. 11 quæst. 1 cap. Super prudent. y cap. Quamquam 14 quæst. 2.

269 Los Arzobispos y Obispos jurarán como los Sacerdotes teniendo los Evangelios delante; pero sin poner las manos sobre ellos (*a*). Y se previene, que está prohibido se haga juramento en San Vicente de Avila, en el herrojo de Santa Agueda, sobre altar de cuerpo santo, reliquias del cuerpo de San Isidro de Leon, ni en otra iglesia juradera, aunque la parte lo pida, y el Juez lo mande, pena de pagar éste, aquella y el que jurare 10ᴅ maravedís á la Real Cámara (*b*).

270 Para hacer las partes sus probanzas con testigos forman regularmente sus interrogatorios con varios artículos ó preguntas de las quales la primera y última se llaman *generales*, porque en todos se ponen; las demas son especiales, y se llaman *útiles*, porque conciernen al punto que se controvierte. De todas procuraré instruir al Escribano.

271 Lo primero que se suele articular, es que los testigos sean preguntados „por el conocimiento de las partes, noticia del pleyto y generales de la ley:„ de cuyas preguntas la del conocimiento de los litigantes y noticia del pleyto se hace, porque sino los conocen, ni están instruidos del hecho litigioso, no pueden deponer con claridad y verdad, aunque quando el hecho es respectivo á uno solo, basta que le conozca.

272 La ley 8 tit. 16 lib. 4 R. expresa las que llamamos *generales de la ley*, y se reducen á si el testigo es pariente por consanguinidad ó afinidad de alguna de las partes, y en qué grado: ó amigo íntimo suyo ó enemigo capital: si tiene interes en el pleyto: si desea que alguna le gane, aunque no tenga justicia y quál: y si fué sobornado, corrompido ó intimado por alguna de ellas, para que oculte la verdad ó mienta. Estas preguntas se dirigen á las tachas que se les pueden poner para debilitar ó desvanecer su dicho, si alguna los comprehende. Y es de advertir en primer lugar, que aunque el testigo declare que le tocan alguna ó algunas, no ha de dexar de exâminarle el Escribano, quien ha de preguntarle, quál es, y si dexará por eso de decir la verdad, y poner la respuesta que dé, que regularmente es la de que no dexarán por eso de decirla; y en segundo lugar, que si las partes nada dicen sobre las generales de la ley, fama y notoriedad, no debe preguntar acerca de ello á los testigos, porque carece

(*a*) Leyes 24 tit. 11 y 24 tit. 16 P. 5. (*b*) Ley 5 tit. 7 lib. 4 R. ó 5 t. 9 lib. 11 N. R.

de autoridad para suplir los defectos de ellas, y por su demasiada oficiosidad debe ser reprehendido.

273 A mas de lo dicho ha de preguntar á los testigos, aunque en el interrogatorio no se mencione, *de qué edad son*, como lo ordena la citada ley 8, *qué oficio ó destino tienen, y de dónde son vecinos*; pues debe saberse la edad para ver, si tienen ó no la que prescribe el derecho para testificar; bien que si es Sacerdote ó persona pública, como Abogado, Escribano ú otros semejantes, no es necesario preguntárselo ni expresarlo, y basta poner su profesion, porque se supone tenerla; excepto que sea sobre hechos antiguos ó edad de otro, en cuyo caso es preciso, porque de lo que pasó 50 años ha, mal puede declarar sino por oidas el de 30; y la misma pregunta en quanto á la edad se ha de hacer á la parte: debe saberse tambien el oficio, por si es ó no vil, pues siéndolo, como el que le exerce está envilecido, y nada tiene que perder de su honor, es capaz de todo, y no le causa rubor cometer la vileza de dexarse sobornar y mentir; y debe en fin saberse la vecindad para formar concepto de su dicho, hacer que le aclare, si depone confusamente; averiguar el carácter de su conducta, buscarle y castigarle si se perjura, y para otros fines conducentes al colitigante: á todo lo qual deben responder despues de juramentados: siendo de notar que el juramento del testigo no se puede hacer por Procurador como el de calumnia, y asimismo que la pregunta acerca de las generales de la ley, edad, oficio ó empleo y vecindad, no solo se ha de hacer al testigo que es presentado en el término de prueba, sino tambien al que declaró ántes y se ratifica dentro de él, sea ó no exáminado al tenor del interrogatorio, ó solamente ratificado.

274 Las preguntas especiales llamadas *útiles* son las que conciernen al asunto litigioso, y han de ceñirse á lo alegado y excepcionado en el pleyto, pues de lo contrario no debe admitir el Juez los interrogatorios, y aunque los admita, no vale lo impertinente (*a*); pero como el cúmulo de negocios, con especialidad en lugares muy populosos, no le da tiempo para su exámen é inspeccion, se practíca poner en el auto: *habiendo por presentado el interrogatorio quanto ès pertinente*: cuya cláusula surte tres efectos: el primero, cumplir en la parte posible con el mandato de la ley y no incurrir en la pena: el se-

(*a*) Leyes 2 tit. 12 P. 3, 174 del Estilo y 4 tit. 6 lib. 4 R. ó 5 tit. 10 lib. 11 N. R.

gundo, que si luego aparece que no debiéron admitirse las preguntas inconducentes, se desprecian y estiman por no admitidas, no haciéndose mérito de lo que los testigos depusiéron acerca de ellas; y el tercero, que aunque el testigo que por su infamia ú otro defecto legal no debia ser exâminado, lo sea é induzca indicio para la tortura, no hará fé su dicho estando puesta la cláusula inserta. De la última pregunta general, que es la *fama*, y una de las especies de prueba propuestas, trataré en los nn. 329 y sig. de este capítulo.

275 Del interrogatorio de cada parte parece seria conveniente y deberia darse traslado á la otra; para que en su vista formase otro de repreguntas, á fin de que los testigos expusiesen mejor el hecho y la razon de sus dichos, y para hacerlo variar y apurar, si venian ó no sobornados; pero segun la práctica inconcusa del Consejo y de muchos juzgados Reales ni se comunica dicho interrogatorio, ni el Escribano debe manifestarle, y solo se hace en los tribunales eclesiásticos, por lo que se estará á su estilo. Mas el interrogatorio de repreguntas ni aun en éstos se comunica, por no permitirlo el derecho (*a*). En aquellos en que se admiten repreguntas, se forma el interrogatorio como el de preguntas, refiriéndose al de éstas en el pedimento con que aquel se presenta, pretendiendo que á los testigos que fueren interrogados, se repregunte esto ó lo otro, &c. y omitiendo la de *conocimiento*, y la de *público y notorio*, porque como se hacen en el interrogatorio principal, son superfluas en el de repreguntas. Tambien se estila en algunas provincias nombrar acompañados que vean exâminarlos, y les repregunten, no debiendo éstos excederse ni hacer repreguntas que no sean concernientes al pleyto y preguntas, como muchos enredadores lo hacen, ni permitirlo, ni admitirles el Escribano comisionado, pues se deben dirigir á apurar la verdad del hecho, y á no confundirla ni obscurecerla.

276 La habilidad y destreza del Escribano en los pleytos consiste en saber exâminar los testigos para no perjudicar á los litigantes, mayormente quando su prueba se afianza en sus dichos; en cuyo acto, como que exerce oficio de Juez en virtud de la comision que éste le confiere, no debe llevar otra mira que la de investigar y aclarar la verdad sin pasion por una ni por otra parte. A este efecto debe enterarse del espíritu de las preguntas, del modo con que están concebidas, y del fin á que se dirigen, para explicarlo á los testigos y

(*a*) Cap. 2 de testib. in 6.

evitar el que tal vez declaren con error ó falsedad, sin saber lo que deponen, por no enterarse bien ó entender al reves la pregunta, como suele suceder; y hasta que satisfagan á una, no les ha de leer ni exáminar sobre la siguiente sino sobre cada una con separacion. Lo mismo ha de practicar con la parte, quando se le pide que jure posiciones al tenor de diversos capítulos.

277 Como en esto hay mucha ignorancia y condescendencia perjudicialísima, conviene advertir que en el exámen de testigos ha de tener presente el Escribano las diez circunstancias que trae un capítulo del derecho canónico (*a*), cuya glosa las resume en los siguientes versos.

Auditus, visus, personæ, scientia, causa,
Fama, locus, tempus, ac certum, credulitasque.
Dum testes recipit judex, hæc cuncta notabit.

Es á saber: si oyó á los litigantes ó á otro lo que depone, quándo, en qué parage, y cómo se llama, quién se lo dixo, ó si lo vió, en qué dia y lugar sucedió, á qué hora, y quiénes estaban presentes: si conoce á los litigantes, desde quándo, con qué motivo, por qué sabe lo que declara, quál fué la causa del hecho litigioso y de moverse el pleyto: si le tiene por cierto, en qué funda esta certidumbre, ó si le cree, y por qué: si de él ó de ser así hay fama pública en el pueblo, en qué tiempo se empezó á divulgar ésta, si fué desde que se principió el litigio ó ántes, con qué motivo, y de quién sabe que provino; de suerte que dé razon de su dicho, pues no dándola no sirve (*b*), como ni tampoco el de oidas y creencia sino en ciertos casos que traen las leyes (*c*). De todo ha de poner la respuesta que se dé, y lo mismo ha de hacer el acompañado, debiendo el comisionado repeler lo demas, como que hace de Juez, y no es del caso ni sirve sino para confundir á los testigos y obscurecer la verdad.

278 Suele haber testigos tan protervos que mienten á rostro firme por ódio, pasion, ó soborno, ó palian los hechos de tal suerte que los desfiguran, sin hacer caso de la religion del juramento, del perjuicio que originan, de su responsabilidad á restituir, ni de las penas impuestas contra ellos; y para evitar en lo posible los perjuros y daños que pueden causar á las partes, especialmente en causas crimina-

(*a*) El 37 de Testibus et attestation. (*b*) Ley 29 al fin tit. 16 P. 3. (*c*) Las 128 y 29 tit. cit.

les, luego que el Escribano haya instruido al testigo de cada pregunta, debe mirarle atentamente á la cara, como que está leyendo y penetrando su corazon, oirle con agrado y mansedumbre sin interrumpirle miéntras hable, referirle lo que le responda, para que conozca que le entendió, y hacerle las preguntas expresadas en el número anterior, segun sea el caso, y otras concernientes á apurar la verdad, mirándole todavía á la cara, como lo manda la ley (a); pues en el semblante podrá conocer, si se perjura ó no, por ser dificil mentir sin inmutarse; bien que esto no es infalible, porque muchas personas con solo presentarse delante del Juez ó de algun individuo de justicia se inmutan y aturden, aunque estén inocentes. Lo mismo se debe practicar con la parte, quando se le tome declaracion. Si el testigo vacila y titubea, el Juez segun algunos AA. ha de mandar poner en los autos su vacilacion y causa de ella, pero no se acostumbra.

279 Pero si la razon que el testigo da de su ciencia y dicho, no es verosimil ni satisfactoria, ó parece contraria á lo que depone, ó está vario, ó se implica, ó titubea, ó es persona vil ó sospechosa, puede replicarle: „que cómo pudo ser, respecto lo que dice, &c. qué tiempo hacia, si estaba claro ó nublo, quándo sucedió el caso; á qué hora fué, quiénes eran los circunstantes; de qué estaban vestidos; „ y segun sea el hecho ó cosa litigiosa, hacerle con arte y disimulo las demas réplicas, y repreguntas genéricas é indirectas que le dicten la imparcialidad, prudencia y deseo del acierto, y que se dirijan, no á que falte á la verdad, ni á confundirla, ni obscurecerla, sino á desentrañarla, patentizarla, descubrir su mentira y saber si viene ó no sobornado por quien le presenta, para lo qual debe desnudarse de toda pasion y no dexarse llevar de ningunos respetos humanos. Oida la respuesta del testigo debe decirle substancialmente lo que depuso y las razones que dió de su dicho, y si todo está conforme á su mente, sentarlo ó escribirlo sin añadir, ni quitar, leérselo muy despacio luego, para que quede plenamente enterado de lo que depuso, enmendar en el mismo acto lo que quiera se enmiende, y concluido poner al pie de la declaracion: „que se afirma y ratifica en ella, y que es lo que sabe y puede declarar con verdad baxo el juramento que tiene hecho;„ y sabiendo firmar, hacer que la firme despues de salvadas las erratas, enmiendas, testaduras y adiciones que haya: pues si no sabe, no es menester, porque cada testigo debe ser exâminado con separacion, y

(a) La 26 del mismo tit.

nuestras leyes no mandan que no se admitan los que no saben firmar, ni que haya testigos que le vean declarar (*a*), así como ni tampoco son necesarios en los demas actos judiciales, excepto que en el juzgado se estile hacerse éstos con ellos.

280 En el exámen de la parte y testigos no se debe usar de preguntas y réplicas sugestivas, las quales, ó son claras ó paliadas: se llaman claras las que se hacen específicamente de algunas cosas, expresando las personas, circunstancias y qualidades de la causa civil ó criminal, ó de la cosa hecha, ó delito cometido, como si se pregunta al testigo, *si vió que Pedro mató á Juan en tal dia, en tal parte y á tal hora, hiriéndole con un puñal en el pecho*; *y paliadas*, quando se previene sutilmente al testigo, indicándole el modo de responder, ó se le abre camino y da luz para la respuesta, aunque en la pregunta no suene directamente. Estos modos de preguntar como perniciosos y reprobados por derecho (*b*) no se deben usar, y de lo contrario darán las respuestas los sugerentes y no los preguntados, con especialidad siendo pobres ó sencillos, pues éstos, aunque asientan á ellas, mas lo harán tal vez por miedo, ó por no desagradar al que pregunta, que por ser verdad lo que dicen, como suele suceder.

281 Si el testigo despues de haber firmado su declaracion y apartádose del Juez ó Escribano que le exâminó, habláre ó tuviere tiempo para hablar con alguna de las partes, y quisiese corregir ó ampliar su dicho, no se le ha de admitir, por lo que haciendo muchas declaraciones debe ser atendida la primera; pero si hubiere declarado ambiguamente, ó no hubiese dado razon de su dicho, puede llamarle el Juez, aunque sea despues de hecha publicacion, para que la dé, aclare las dudas que resulten de su disposicion, y no quede oculta la justicia de la parte, y valdrá su dicho en este caso, no obstante que haya hablado con ellas. Lo mismo puede practicar el Juez á instancia de la parte que le presentó, quando ésta halla que no fué preguntado al tenor de todas las preguntas de su interrogatorio, y las omitidas conciernen al pleyto (*c*).

282 No deben apartarse los testigos despues de juramentados de la presencia del que los exâmina, hasta que evacuen su declaracion,

(*a*) Leyes 26 y 28 tit. 16 P. 3, y 8 tit. 6 lib. 4 R. ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 3 tit. 30 P. 7 Farinac. tom. 1 Prax. crim. q. 84 nn. 91 y 92, y tom. 3 q. 83 n. 84, y de Testib. q. 79 n. 78. (*c*) Ley 30 tit. 16 P. 3. Hermosill. en la 56 tit. 5 P. 5 gl. 6 n. 72. Vela diss. 38 n. 74.

excepto que no pueda recibírsela entónces, en cuyo caso la ha de tomar despues, y deben esperarle hasta 15 dias á lo ménos (*a*): de lo qual se deduce no ser preciso que el testigo sea exâminado en el acto del juramento, y que puede serlo despues de algun tiempo; pero entónces debe practicar el Escribano dos cosas: la primera, extender el juramento en los autos, y que le firme si sabe, para que conste que fué presentado y juramentado en tiempo hábil; y la segunda, poner en la cabeza de la declaracion, „que la hace en fuerza del juramento que hizo en tal dia, el qual reitera en caso necesario.„ Quando el testigo juramentado en tiempo hábil dice que duda de lo que se le pregunta, ó no se acuerda bien, y pide término para hacer memoria de ello, se le debe conceder (*b*); y lo propio milita en la parte, con tal que lo diga en el mismo acto por sí y no por consejo de su Abogado (*c*); bien que esto es peligroso, y así solo se observa lo que ordena la ley recopilada posterior, y se ha explicado en el núm. 251. Y si uno, ú otro dice que no puede evacuar su declaracion por tener que ver algunos papeles, se le debe conceder tiempo para su inspeccion, y no concediéndose al testigo podrá pedir la parte, y el Juez deberá mandar que la evacue despues de la publicacion, lo qual he visto practicar como justo.

283 Aunque los interrogatorios contengan muchas preguntas, si la parte que los produce, dice al Escribano que tal y tal testigo sean exâminados solamente al tenor de ciertas y determinadas que señala, debe expresar en la cabeza de su deposicion para quáles fuéron presentados, y no exâminarlos de ningun modo sobre las restantes, porque á mas de ser superfluo no aprovecha á la parte el que digan que las ignoran, se le evitan gastos, y no se pierde tiempo; pues no todos pueden deponer acerca de todos los particulares de los interrogatorios.

284 Cada testigo debe ser exâminado secreta y separadamente de los demas, sin que éstos, las partes, ni otra persona le vean declarar, ni sepan lo que depuso, ni lo que se le preguntó, hasta que se haga publicacion de probanzas; y no se ha de apartar del que le exâmina, hasta que concluya su declaracion, como se ha expuesto (*d*), excepto que sea tan larga que requiera mas de un dia para hacerse. El Escribano ha de extender sus dichos á la letra y no en abreviatura, ni

(*a*) Ley 26 tit. 16 P. 3. (*b*) Ley 11 tit. 11 P. 3 verb. E si por aventura.
(*c*) Ley 3 tit. 13 P. 3 Cap. 48 de testibus y cap. 7 de testibus cogendis.
(*d*) Leyes 26 tit. 16 P. 3 y 28 tit. 6 lib. 3 R. ó 16 tit. 32 lib. 12 N. R.

con la letra muy metida sin mudar palabra ni aclararla, sino como la diga, pues asi lo manda la ley (*a*); pero no obstante se permite y está en práctica ponerlos con voces claras, inteligibles y docentes que no varien la substancia, y ántes bien hagan mas perceptibles los hechos, porque de lo contrario, si el testigo es rústico, sirve no de declaracion sino de confusion su dicho; fuera de que cuesta muchísimo trabajo entender á algunos, y es menester casi adivinarlos y repetirles muchas veces lo que dicen, para que lo entiendan y vean que los entienden. Y si los testigos y las partes quieren escribir sus declaraciones, ó rubricar las hojas de ellas, nadie se lo debe impedir, pues tienen facultad para ello, como que son produccion y acto suyo que han de corroborar con su firma, sin que en esto injurien al Escribano, ni Juez que se las recibe, porque usan de su derecho.

285 Exâminándose los testigos por medio de intérpretes, han de jurar éstos „que dirán en idioma Castellano lo mismo que aquellos depongan en el suyo sin añadir, quitar, interpretar, ni tergiversar cosa alguna,„ y si hay dos intérpretes en el pueblo, ha de ser exâminado cada testigo por ámbos á presencia del Escribano; para que no dude de su deposicion, á ménos que los litigantes se conformen en que uno solo asista al exámen y juramento, ó que en el pueblo no haya mas, en cuyos dos casos se ha de estar á su dicho, pues hace plena fé, y así se practica.

286 Tienen obligacion las partes de satisfacer á los testigos las expensas é intereses que pierdan por el tiempo que ocupen en ir á declarar y regresar á sus casas (*b*); y no deben sobornarlos, corromperlos, intimidarlos, rogarles, ni inducirlos á que declaren lo que no saben, pena de ser castigadas conforme á derecho; pero se les permite hablarles y traerles á la memoria los hechos, encargarles sus conciencias sobre que digan la verdad, y lo que supieren y de que se acordáren (*c*), y entregarles á este efecto copia del interrogatorio.

287 Puede apremiar el Juez á los testigos por prision y embargo de bienes á que comparezcan á su presencia á declarar baxo de juramento lo que sepan, sea en pleyto civil ó criminal; y no debe admitir su dicho dado ó enviado por escrito, pues á mas de no valer, está prohibido (*d*). Además; en las causas civiles árduas y de importancia,

(*a*) La 11 tit. 22 lib. 2 R. ó 5 tit. 11 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 26 al fin tit. 16 P. 3 ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 8 al fin tit. 6 lib. 4 R. ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 6 tit. 6 lib. 4 R y 31 y 35 tit. 16. P. 3.

y en las criminales debe el Juez exâminar por sí los testigos, sin cometer su exámen al Escribano ni usar de la cautela de que éste tome á solas sus dichos, despues que aquel los juramente, y luego en su presencia los lea el Juez; pena á éste por la primera vez de 50 maravedis y al Escribano 20: por la segunda doblados, y por la tercera privados ámbos de sus oficios (*a*).

288 Hallándose algunos testigos fuera del territorio ó jurisdiccion del Juez que conoce de la causa, ha de enviar éste requisitoria á el del pueblo en que viven, con insercion del interrogatorio y demas conducente, para que los exâmine á su tenor (*b*); con cuya requisitoria, ó con la receptoría, si se despacháre (*), se debe citar particularmente, como quando se sigue en rebeldía, á la parte contraria, si está en el pueblo, ó á su Procurador, por si quiere ir ó enviar persona que conozca y vea juramentar los testigos. Lo mismo se practica y debe hacer para compulsar instrumentos, cotejar los producidos, y redargüirlos civilmente de falsos, ó hacer prueba de vista ocular, sin embargo de la citacion general hecha con el auto en que se mande todo lo referido, como se colige de la ley 8 cit. Dicha requisitoria se debe cumplimentar yendo documentada, sea en causa civil ó criminal, no solo por el Juez con quien hable expresamente, sino tambien por el sucesor en su audiencia y jurisdiccion, aunque no se nombre en ellas, y el requirente haya fallecido ó cesado en su oficio, como está en práctica.

289 Si las partes omiten articular en el interrogatorio principal

(*a*) Leyes 27 al fin tit. 16 Part. 3, 15 tit. 7 lib. 2, (ó 17 t. 32 lib. 12 N. R.) 50 tit. 4 (ó 7 t. 3 lib. 11 N. R.) y 28 y 44 tit. 6 lib. 3 R. ó 16 tit. 32 lib. 12 N. R. (*b*) Dicha ley 27 y ley 8 tit. 6 lib. 4 R. ó 3 tit. 11 lib. 11 N. R.

(*) El Señor Conde de la Cañada propone la duda de si pasados los 15 dias despues de la publicacion en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podrá el Juez recibir inmediatamente las tachas 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 hacerla le conceda el Juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley; y resuelve que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion: por manera que el auto de recibir las tachas á prueba es respectivo no solo á "las que se hayan puesto á los exâminados en el término de la restitucion sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas, y se hallaban suspendidas por los quince dias referidos." Véase á dicho autor Ins. Pract. p. 1 cap. 10 nn. 73, &c. y 98.

algunos particulares de los alegados y conducentes á su defensa, sea por olvido, ó porque al tiempo de hacerle no creyéron poder probarlos, y despues de presentado hallan testigos que los declaren, pueden ponerlos por pedimento ó por otro interrogatorio, pretendiendo se exâminen á su tenor; pero esto ha de ser precisamente dentro del término probatorio, pues ninguna ley lo prohibe, ni dice que se forme un interrogatorio solo; ni tampoco que no se puedan hacer por pedimento las preguntas á los testigos, lo qual es corriente, y así lo he practicado y visto practicar.

290 Un solo testigo, por autorizado y encumbrado que sea, no hace prueba, regularmente hablando, excepto que sea Emperador, Rey ó Papa (*a*); bien que quando no se trata de perjuicio de tercero, ó se convienen las partes, ó el testador mandó que en quanto á su herencia se esté al dicho de cierta persona que señala, ó en las causas en que de ningun modo, ó al ménos con grave dificultad se pueden presentar muchos testigos, ó quando con su dicho concurre la fama, ó para probar la causa verosimil de ignorancia, ó en negocios muy leves, y en otros varios casos que trae Reiffestuel (*b*), hace prueba el dicho de un testigo solo.

291 Dos testigos contestes en cosa ó hecho, tiempo, lugar y circunstancias, como que Pedro mató á Juan en tal parte, en tal dia, á tal hora, con tal instrumento, &c. hacen plena probanza siendo hábiles, idóneos, y tales que no puedan ser desechados por razon de sus dichos ni personas; á ménos que sea para justificar paga ó liberacion de débito, ú otro contrato de que se haya otorgado escritura pública, ó testamento ú otra última disposicion, pues entónces son necesarios mas (*c*), como se ha sentado en la primera parte.

292 Pero no obstante esto se permite á cada litigante que presente hasta 30 testigos sobre cada pregunta ó artículo, como jure que no lo hace con malicia, ni por dilatar; y si no hay mas que una pregunta, los treinta solamente; mas si despues de nombrados tuviese noticia de otros, con quienes crea probar mejor su intencion, y lo jurare así, en este caso dexando los que no estén exâminados, se le deben admitir los que nuevamente nombre, hasta completar el número referido y no mas (*d*); y si de los presentados no quiere que se exâ-

(*a*) Ley 32 tit. 16 P. 3. cap. 28 de testib. y Clementin. únic. de probation. (*b*) Lib. 2 Decret. tit. 20 § 8 y tit. 19 § 3 nn. 16, &c. y 68. (*c*) Leyes 32 y 40 tit. 16 P. 3. (*d*) Leyes 11 tit. 22 lib. 2 y 7 tit. 6 lib. 4 R. ó 2 y 5 tit. 11 lib. 11 N. R.

minen todos, nadie le puede precisar á ello, porque así como está en su arbitrio el hacer ó no prueba, lo está tambien el presentar y hacer que se exâminen ó no los presentados y juramentados, sin que haya ley que diga lo contrario. Pero es de advertir que en la segunda ó tercera instancia en grado de apelacion y suplicacion no se deben admitir interrogaciones, ni testigos acerca de los mismos artículos, ú otros directamente contrarios, sobre los que en las precedentes ó en alguna de ellas se recibiéron, sean relativos á los méritos de la causa principal, ó á las tachas de los testigos exâminados en qualquiera de las instancias anteriores; y el Abogado que pusiere las interrogaciones, incurre en la pena de 10 maravedís (*a*).

293 Aunque las partes despues de haber presentado algunos testigos digan que no quieren presentar mas, no por esto han de dexar de admitirse los que presenten hasta los 30 expresados, con tal que sea dentro del término probatorio, y que juren que ignoran sus deposiciones y las de los de su contrario, como lo manda la ley 34 tit. 16 P. 3. „E en tal caso como éste decimos, que si los testigos que eran recebidos, non fueren abiertos, é jurare éste que quiere aducir otros, que non sabe lo que dixéron los testigos que habia aducho primeramente, nin los otros que habia dado su contendor, é non fueren passados todos los plazos en que avia poderío de provar: que debe ser recebida su prueba, é non ha porque le empecer (*perjudicar*) lo que dixo que non queria dar mas pruevas. E esto es porque los Juzgadores siempre deben ser apercibidos para puñar de saber la verdad por quantas partes podieren. Mas si los plazos fuessen passados, non ge los deven despues recebir, salvo ende carta, ó instrumento.„ Por esto los Escribanos en el requerimiento que hacen á las partes, para si quieren presentar mas testigos, si responden que no, y faltan algunos dias de término, ponen: „por ahora y sin perjuicio de presentarlos siempre que lo tengan por conveniente:„ cuyo aditamento es útil, aunque no necesario, por lo que el Escribano comisionado puede recibirlos, no obstante que se omita; sin que la parte tenga precision de acudir al Juez para ello durante el término probatorio, porque en virtud de la comision le subroga en su lugar y le da las facultades que á dicho fin le concede la ley.

294 No hacen plena probanza los testigos varios y singulares que son las que declaran sobre diversos hechos, de modo que cada uno

(*a*) Ley 4 tit. 9 lib. 4 R. ó 6 t. 10 lib. 11 N. R.

testifica del suyo y nò concuerda con el otro. La singularidad es de tres maneras, *obstativa*, *adminiculativa y diversificativa*. Se llama *obstativa* ó *adversativa* la que contiene contrariedad de los testigos que deponen de un mismo hecho, ó repugnancia en sus dichos, v. gr. uno dice que Pedro hizo la muerte, ó hurtó en tal parte y á tal hora, y otro que esto fué en otro lugar y á otra hora; pues repugna que pudiese haber hecho y cometido una misma muerte ó delito en diversos parages y á distintas horas, por lo que á ninguno se debe creer, ni deferirse el juramento supletorio; y así mas vale un testigo idóneo que hace semiplena prueba, que muchos singulares con singularidad obstativa, aunque sean mil, porque uno hace sospechoso al otro y ámbos arguyen falsedad.

295 Adminiculativa ó acumulativa se llama, quando los testigos deponen de hechos diversos: pero que se ayudan mútuamente para probar aquello que se controvierte: como si uno dice *que vio á Pedro quitar un caballo*, y otro *que oyó decir a Pedro que habia quitado aquel mismo caballo*. Esto sucede generalmente todas las veces que las diversas deposiciones de los testigos se dirigen á averiguar el hecho qüestionable ó litigioso, pues unos suelen deponer de vista; otros de fama, ojdas, ó confesion de él, y otros de hechos que aunque distintos conducen al intento y no son repugnantes, por lo que el uno no hace sospechoso al otro, y así en las causas civiles si testifican de hecho por su naturaleza sucesivo, continuo, ó genérico hacen plena prueba, porque siendo interrogados sobre él, ó sobre el todo integral, aunque depongan de actos diversos, ó partes del preguntado, como todos miran por distintos medios á un propio fin, no se juzgan singulares sino contestes; pero si se trata de algun acto particular ó especial é individuo, no prueban plenamente, bien que inducen presuncion, y el Juez puede deferir el juramento supletorio. En las criminales no prueban tampoco para la condenacion de la pena ordinaria, mas inducen presuncion grande contra el reo y abren camino al Juez para inquirir, y aun muchas veces son suficientes para la tortura ó imponerle pena extraordinaria; pues para la ordinaria es indispensable que la prueba sea indubitada, no obstante haber delitos para cuya calificacion bastan testigos singulares siendo fidedignos.

296 Y singularidad diversificativa se llama, quando los testigos deponen de hechos diversos que no son contrarios ni repugnantes entre sí, ni el uno ayuda al otro: v. g. dice uno que Pedro prestó á Juan cien reales en tal dia, y tal parte, y otro que le prestó veinte en

otro dia y parage, y así estos testigos, sin embargo de no enervar el dicho del uno el del otro, no hacen prueba: pero si alguno es mayor de toda excepcion, hará semiplena probanza, porque su deposicion conserva el valor que merece la de un testigo fidedigno.

297 Probando ámbas partes su intencion con testigos debe el Juez seguirse y gobernarse para dar la sentencia por los que depongan lo mas verosímil, tengan mejor fama, estén mas autorizados, y sean mas dignos, aunque ménos en número. Siendo iguales en fama y dichos, porque todos deponen lo que es posible hubiese sucedido, ha de estar á la pluralidad; y si lo son en el todo y deponen cosas contrarias, debe absolver al reo (*a*), sino es que el actor intente causa favorable, como son las de matrimonio, dote y testamento, que entónces ha de decidir por éstas (*b*). Si los de una parte discordaren, debe creer á los que digan lo mas verosímil al hecho, y sean de mejor fama, aunque pocos; lo qual no sucederá, si presenta dos instrumentos contrarios, pues á ninguno debe creer, porque puede verlos ántes y mirar, si le aprovecha ó daña su presentacion; y así échese la culpa de su inadvertencia; pero en los testigos no puede saberlo, puesto que á la parte suelen decir una cosa y ante el Juez declarar otra, como lo vemos y lo dice la ley. Y si el testigo es contrario á sí mismo en su dicho, no hace fé (*c*).

298 Si comprometiéndose las partes en árbitros, éstos recibieren testigos, y aquellas hicieran algun pacto sobre si el Juez ha de sentenciar ó no por sus dichos, en caso que los árbitros no decidan su contienda, se debe estar al pacto: si nada pactáron, está en eleccion de aquella contra quien se produxéron, el pasar por sus dichos ó hacer que vuelvan á declarar ante Juez; pero si ya estuviesen muertos, deben valer sus deposiciones, y el Juez ha de sentenciar con arreglo á ellas; bien que no se priva la parte de alegar contra las personas y dichos de los testigos (*d*).

299 Consistiendo el pleyto ó la prueba en ciencia, arte ú oficio, han de nombrar las partes dos peritos para que declaren acerca del asunto litigioso, en caso que los haya en el pueblo, y si alguna no quiere nombrar por sí, lo ha de hacer el Juez de oficio por su rebeldía; pero sino hay mas que uno, bastará y se deberá estar á su asercion, excepto en las causas árduas y de entidad, en las quales se

(*a*) Ley 40 tit. 16 P. 3 (*b*) Cap. 3 de Probation. y cap. últim. de Sentent. & re judicat. (*c*) Ley 41 tit. 16 P. 3. (*d*) Ley 38 tit. y P. cit.

deben buscar dos, sino es que las partes se conformen en uno. Con ellos y con el tercero que se elija en caso de discordia, asistan ó no todos tres á la vista ocular, ó reconocimiento, ó cada uno lo haga por sí solo, como puede hacerle, y preséneiele el Juez ó no, nada mas tiene que hacer el Escribano que recibirles el juramento: „de que dirán la verdad, como la conciban segun su inteligencia con arreglo á su arte, oficio, ó ciencia, sin causar agravio á ninguna de las partes;„ pues los perítos ponen en borrador sus declaraciones y se las entregan, para que las extienda en los autos coordinándolas segun el estilo forense; bien que si el Juez concurre, debe juramentarlos éste y no el Escribano. Para que depongan con justificacion y pleno conocimiento, se les han de manifestar siendo preciso, no solo los autos sino tambien los documentos producidos en ellos por las partes, y al tercero uno y otros con las declaraciones de ámbos perítos, á fin de que en vista de todo se conforme con lo que sea arreglada. Ademas, las partes deben ser citadas para asistir al juramento y reconocimiento, si quisieren, aunque no á la declaracion que hagan, señalándoseles el dia en que aquel se ha de evacuar, y han de ser juramentados los perítos en el término probatorio, si el reconocimiento se pide dentro de él; pero el tercero puede serlo despues.

300 La quarta especie de prueba es la que se hace con *instrumentos, privilegios y libros de cuentas.* El instrumento es de tres maneras *público, auténtico y privado*: de los dos primeros se tocó algo en el cap. 31 y final de la I. P. que puede verse. El instrumento público se llama así, porque le autoriza persona, en quien reside autoridad pública concedida por el Rey para ser creido, y se otorga ante testigos (*a*), por lo que no se debe dudar de su otorgamiento. Este instrumento se compone de *protocolo ó registro, copia original, y traslado ó exemplar*, como se expuso en el cit. cap.; por lo que si el producido en juicio está autorizado por Escribano no conocido en el juzgado en que se presenta, y la parte contra quien se produce, le redarguye de falso (como puede hacerlo en qualquier tiempo y estado de la causa, aunque al principio no lo haya hecho por inadvertencia) diciendo que el que le autorizó no es, ó no fué Escribano; no hace fé, si á lo ménos por fama pública del pueblo en que suena otorgado, no justifica el producente haberlo sido (*b*); ó si no está compro-

(*a*) Cap. 15 de Fide instrum. Covar. pract. q. c. 19 n. fin. (*b*) Ley 114 tit. 18 P. 3 cap. 2 de Fide instrumentor.

bado por dos ó tres Escribanos que den fé no solo de que lo es, sino tambien de que la firma y signo puesto á su final son suyos, pues puede ser Escribano y haberse suplantado el instrumento; y lo propio sucede habiéndose hecho en parte remota, segun se practica y estima en juicio. Pero si es muy antiguo que pase de cien años, hace fé, aunque no esté comprobado, ni conste que fué Escribano el que la autorizó, por la gravísima dificultad de hallar testigos del conocimiento de éste. Con este motivo convendrá hacer algunas advertencias. Primera. Si un mismo litigante produce en juicio dos escrituras contrarias en un propio hecho, á ninguna se debe creer (*a*). Segunda. El Escribano no solo está obligado á custodiar y conservar el protocolo (*b*), segun se dixo en el cap. fin. cit. n. 26, sino que una vez otorgado el instrumento no debe entregarle á las partes ni á otra persona, porque á mas de no hacer fé por los fundamentos expuestos en dicho cap. n. 14, debe tenerle siempre en poder suyo, y así dará copias de él. Tampoco debe romperle, aunque lo quieran los otorgantes por razon de haber deshecho el contrato; pues es acto que se publicó y puso en archivo del público, de que está constituido archivero y custodio el Escribano, y como tal carece de facultades para extraerle de éste, fuera de que puede probarse su otorgamiento en lo sucesivo, hacérsele cargo de él y castigársele por su falta; y así los interesados no usen de él, ó revóquenle por otro, poniendo en aquel la competente nota de éste. Tercera. Si el acreedor devuelve á su deudor el instrumento de la deuda ó le cancela, se entiende libertarle de ella, excepto que lo haga por fuerza, miedo, ó engaño, y se pruebe (*c*). Y quarta advertencia. Aunque el instrumento carezca de la fé de conocimiento del que le otorga, y de la deposicion acerca de él de dos de los testigos instrumentales, no será nulo, porque la ley no le invalida ni pone por forma tales requisitos, segun se ha sentado en la I. P. cap. 1 nn. 1, 247 y sig.

301 Alegando la parte que es falso el instrumento que se produce contra ella, porque en el dia que aparece otorgado, se hallaba fuera del pueblo del otorgamiento y en otro en que fué testigo de otro instrumento, y tan distante que no podia haber venido naturalmente; para probar su falsedad de presentar otro público hecho en aquel dia, en el lugar donde dice estuvo, y de que fué testigo, ó á lo ménos

(*a*) Ley 111 tit. 18 P. 3. (*b*) Ley 12 tit. 25 lib. 4 R. ó 6 t. 23 lib. 10 N. R. (*c*) Ley 40 tit. 13 P. 5.

quatro testigos idóneos y legales que depongan haber estado en otro diverso de aquel en que suena otorgó el redarguido; pero si el instrumento no es público, bastan dos que así lo declaren; y séalo ó no, debe jurar el que alega la falsedad, que no lo hace de malicia ni por calumniar, sino porque cree que es falso: todo lo qual se entiende, quando la parte que le produce, quiere usar de él, pues si dice que no, no se ha de admitir prueba sobre su falsedad (*a*).

302 La falsedad es mutacion de la verdad hecha con dolo en detrimento de tercero, y se comete por escrito, dicho, hecho y uso, cuyos modos explica la ley (*b*). La presuncion de falsedad en los instrumentos es la que inducen el mal proceder de la persona que los presenta, si está acostumbrada á producir otros falsos, y contienen vicio visible: la mala gramática ó construccion, la diversidad de estilo ó forma de dictar del que los hizo, las cláusulas ó cautelas insólitas que contienen, excepto que intervengan causa justa para ponerlas, la diferencia de papel y signo, la tardanza en producirlos, el hallarse en un libro, ó estar escrita en la carta reciente un instrumento antiguo, quando consta que entónces no se hacian éstos, la inverosimilitud que es imágen de la falsedad, el contener testigos muertos el moderno, ó el estar el uno muerto, y afirmar el otro que no presenció su otorgamiento, el haberse estrechado para concluirle, habiendo espacio ó campo bastante al principio, y ensanchado demasiado en éste las líneas ó renglones: el hallarse cortado ó roto, ó antepuesto ó propuesto por órden inverso, el carecer de la solemnidad que requiere, y otras varias causas. Tambien se hace muy sospechoso, quando está manchado ó agugereado en lugar substancial, mas no si lo está en otro. Pero si se produxo sin mancha en juicio ante el Escribano de la causa, aunque despues se halle manchado, no pierde su valor ni la fé que merece. Y aunque el instrumento sea nulo, no por esto lo será el contrato ni testamento, si se prueba haber concurrido á ellos el competente número de testigos, y no es su substancial en el contrato la escritura.

303 Afirmando el Escribano de buena fama que no hizo el instrumento, debe ser creido, sino se prueba plenamente lo contrario; y tambien confesando que sí, aunque los testigos instrumentales lo nieguen, ó digan que no se acuerdan, si presenciáron ó no su otorgamiento, con tal que la copia concuerde con el registro y no en otros

(*a*) Leyes 112, 116 y 117 tit. 18 P. 3 (*b*) La 1 tit. 7 P. 7.

términos. Pero siendo de mala fama y todos los testigos instrumentales de buena, si éstos concuerdan en una cosa, sea afirmando ó negando, y el instrumento ha poco tiempo que se hizo, deben ser creidos, y no el Escribano (*a*): de suerte que para declararse falso el instrumento son necesarias tres cosas: á saber; que los testigos sean mayores de toda excepcion, que todos concuerden en no haberse hallado presentes á su otorgamiento, y que el Escribano tenga mala fama, y así el que intenta semejante declaracion, se mete en árduo empeño (*b*).

304 Si la parte niega que el instrumento esté autorizado por el Escribano que parece estarlo, porque su signo, firma y letra son desemejantes á las suyas, y él asegura que le hizo, ha de ser creido: si lo niega no debe hacer fé; y si dice que le hizo, pero que fué falso y con error, tambien ha de ser creido. Si ha muerto, ó está ausente muy léjos, se deben elegir perítos que baxo de juramento cotejen la letra, firma y signo con otras de instrumentos ciertos que haya hecho, y segun declaren y parezca al mismo Juez, aunque concuerden en una misma cosa, puede declarar, si merece ó no crédito, porque la ley (*c*) fundada en que por la mudanza de tinta ó pluma, ó por enfermedad, ó vejez del que escribe, suelen desemejarse las letras, como lo vemos diariamente, pues muchas veces no conocemos lo que hemos escrito, y ademas algunos saben fingirlas é imitarlas perfectamente, no le obliga precisamente á estar por lo que produzca la mera comparacion ó cotejo sin otros adminículos verídicos, ó dos testigos fidedignos que juren haberle visto firmar el instrumento, por no ser prueba completa sino á lo mas semiplena. Y si se cotejan firmas, cartas, ú otros papeles privados, ha de ser con otros indubitados del sugeto por quien suenan escritos, como son los que pasen ante el Escribano, de cuya certidumbre y veracidad no debe dudarse, ó los que tiene reconocidos expresamente en juicio; pues siendo con otros de nada sirve el cotejo, porque no hay cosa cierta en que se afiance, lo qual procede igualmente en el actor y reo.

305 Aunque el instrumento no valga, se puede justificar su contenido por testigos ó por otro medio legal (*d*); y en la prueba de testigos instrumentales se incluye el Escribano; mas no quando se hace

(*a*) Ley 115 tit. 18 part. 3 verb. E si por aventura. (*b*) De esto se habla en el lib. 1 cap. 1 n. 31 distinguiendo cinco casos para su mas perfecta inteligencia. (*c*) La 118. tit. 18. P. 3. (*d*) Leyes 32 t, 16 y 117 t. 18. P. 3.

por otro instrumento, porque no ha de hacer de testigo y Escribano á un mismo tiempo. Y es de tener presente, lo primero, que el instrumento se presume falso por él hecho de querer al que le produce probar su contenido con testigos; y lo segundo que los instrumentos que la parte produce judicialmente, han de estar en el idioma vulgar del pueblo del juicio, y en letra legible y clara, pues de lo contrario se las harán traducir y poner á su costa en la corriente; aunque si pide que se acumulen algunos autos antiguos seguidos con algun causante ó antecesor del colitigante sobre lo mismo, y se manda, no está obligado á poner de letra usual lo que esté obscuro; y ántes bien debe el contrario ponerlo á su costa, porque es continuacion del mismo juicio, y lo propio que si se hubiéran principiado con él, cuyo caso se me ofreció en cierto pleyto en el Consejo.

306 Aunque la parte que produce el instrumento, diga y proteste que solo quiere usar de él en lo que le sea propicio, le dañará lo que contenga contra ella; y una vez producido ántes de la contestacion, está obligada á producirle en la prueba, diga ó no su contrario que quiere redargüirle de falso civil ó criminalmente; así en la segunda instancia como en la primera, mayormente quando el instrumento mira á los méritos del negocio en lo principal, y hay causa justa, como lo es la de la antigüedad, ó media interes de la parte que le pide, y ningun perjuicio se causa á la que le ha de presentar, lo qual es corriente en la práctica. Pero se advierte, que el reo no está obligado á dar al actor sus propias escrituras (*a*), porque ni la equidad ni el derecho permiten que ninguno dé contra su voluntad y contra sí armas á su contrario; bien que siendo comunes á los dos tiene obligacion de manifestarlas y darlas (*b*), é igualmente la tiene cada uno de mostrar aquellas en que funda su intencion, si su colitigante lo pretende en los términos que expongo en el n. 351.

307 Tambien ha de reproducir en el término de prueba la hecha por testigos, instrumentos, ó de otra manera en otro juicio con el colitigante ó su causante, como quando siguió via executiva sobre paga de alguna cantidad deduciendo al mismo tiempo alguna accion ordinaria, sobre la qual se le reservó su derecho para el juicio correspondiente: en cuyo caso, si la prueba es respectiva á la accion ó excepcion ordinaria, debe reproducirla, pidiendo *se haya por reproducida y entienda con la prueba*, á lo que se deferirá, y tal vez no nece-

(*a*) Cap. 1 de Probat. (*b*) Cap. 12 de Fide instrum.

sitará hácer mas; pues si no la reproduce ni hace otra, como que es visto no querer aprovecharse de ella, se quedará indefenso.

308 Para que haga fé el traslado ó exemplar sacado de la copia original, y pruebe contra la parte, contra quien se produce, se ha de haber dado en virtud de auto de Juez, precediendo citacion de aquella, si se halla autorizado por otro que aquel ante quien pasó, pues si lo está por éste, y es de los de que puede y debe dar quantas copias le pidan, el mismo efecto produce que la copia original, como se ha sentado en la Prim. Part. (*a*) y aunque no intervenga la citada solemnidad, ni haya pasado ante el Escribano que sacó el traslado, sino se redarguye de falso civilmente, no necesita comprobarse, por ser visto aprobarle y no dudar de él la parte contraria. Lo propio milita siendo sacado del protocolo con citacion ó sin ella, y por el Escribano ante quien pasó ó por otro en caso de no redargüirse. Y si se pierde el instrumento obligatorio, suple su falta la prueba clara de la deuda por otros medios.

309 Hace fé el traslado antiguo, aunque sea sacado sin dicha solemnidad, quando en virtud y á conseqüencia de él se ha dado posesion del derecho pretendido al que le presenta, ó á su causante, en cuyo caso basta el transcurso de 30 años, como lo he visto executoriado por el Consejo en pleyto de un patronato Real de legos del lugar de Vicálbaro de esta jurisdiccion; pues mas crédito se debe dar á los instrumentos antiguos que á los dichos de los testigos, como está resuelto en derecho, porque la memoria de éstos es débil, mudable y falible, y las palabras de los instrumentos firmes y constantes, y la antigüedad se tiene en lugar de ley y de verdad (*b*).

310 El instrumento *auténtico* (1), que es el que está corroborado con el sello del Rey, Príncipe, Arzobispo, Obispo, Cabildo, Abad bendito, Maestre de Orden Militar, ó de otra persona constituida en dignidad, como Grande, Duque, Conde, Marques ó de Consejo, hace fé para probar su contenido contra el que le mandó sellar, mas no á su favor. Lo propio milita en el que otra persona hizo

(*a*) Cap. fin. n. 16. Véase á Covar. Pract. cap. 21 nn. 2, &c. y 6, donde trata qué fé merece el traslado, sea sacado del protocolo, ó de la copia original, por el Escribano ante quien se otorgó, ó por otro. (*b*) Quien quiera saber quando hace fé el instrumento antiguo, qué tiempo se requiere para constituir la antigüedad, y qué solemnidades se pueden presumir por el tiempo para la autoridad del traslado, vea á Covarrubias lug. cit. n. 7 que trae nueve casos.

(1) Auténtico se llama tambien el instrumento público.

por su mano, ó mandó hacer y sellar con su sello, obligándose en él á dar ó pagar alguna cosa que consiste en número, peso ó medida, si le reconoce en juicio, en cuyo caso será tambien executivo, y no de otra suerte: mas no hará fé, si le niega, á ménos que se pruebe con testigos que le hayan visto firmar: ni tampoco quando es de otro contrato como compra, venta ó cambio de cosa raiz, &c. porque éste debe otorgarse ante Escribano público y testigos para su perpetuidad; solo induce presuncion, y los testigos del instrumento auténtico de estos contratos no solo han de declarar haberle visto firmar, sino tambien deponer de su contexto (*a*).

311 El instrumento *privado*, segun se llama el que no está autorizado en forma por Escribano ni sellado como el auténtico, es de varias maneras, á saber: *apochâ* ó *chîrographo*, baxo del qual se incluye la *antápochâ* ó *syngrapha*, libro de *cuentas*, *inventario privado y cartas*. Apochâ ó chîrógrapho es el instrumento ó resguardo que el acreedor dá á su deudor para acreditar lo que éste le pagó, y que vulgarmente se llama carta de pago ó recibo: antápochâ es al contrario un instrumento de lo que el deudor percibe prestado ó á censo, ó en otros términos de su acreedor, con la qual acredita el débito de aquel, que en castellano llamamos *vale é pagaré*: syngrapha es escritura ó cédula que hacen algunos para la fé de sus pactos (*b*): libro de cuentas es escritura privada, en que alguno sienta lo que da y recibe: inventario privado es aquella en que sienta sus bienes; y epístola ó carta es escritura privada que alguno envia á otro ausente.

312 Sin embargo de que se debe dar crédito al instrumento público aun despues de la muerte del Escribano que le autorizó, y de los testigos que presenciáron su otorgamiento (*c*), no sucede esto con el privado, y así no hace fe ni prueba por sí solo en juicio, si se le opone esta objecion ó se redarguye de falso (*d*), como es conveniente para enervarle, en cuya atencion para que la haga, es preciso que le reconozca el que le hizo ó firmó, ó en defecto del reconocimiento ó por su negativa que se compruebe por dos testigos idóneos ó fidedignos á lo ménos que baxo del propio juramento declaren con su citacion que se le han visto firmar. Y aunque se coteje con otros verídicos é indubitados del que le hizo, y la letra y firma de todos se asimilen totalmente, ó declaren testigos que le tienen por suyo, por ha-

(*a*) Leyes 1 y 114 tit. 18 y 1 tit. 20. P. 3. (*b*) Nebrija in Vocabulario jur. verb. Syngrapha (*c*) Ley 55 tit. 28 P. 3. (*d*) Cap. 2 de Fide instrum.

berle visto firmar muchas veces; no hace esto prueba bastante (*a*), porque la ley no estima por tal la comparacion sola, y ántes bien lo dexa al arbitrio del Juez para que la aprecie ó desprecie (*b*), segun se ha sentado en el n. 304. Pero si no se redarguye de falso, ni se objeta defecto que destruya su legitimidad, hará prueba contra quien se produzca, aunque no lo reconozca ni se compruebe, porque es visto confesarle y aprobarle tácita y virtualmente con su silencio, como lo he visto declarado en juicio.

313 De las tres cosas pertenecientes á la quarta especie de prueba y mencionadas en el n. 300, la segunda son los privilegios ó rescriptos. El privilegio *es una gracia ó merced que concede el Soberano á alguna persona, comunidad ó pueblo, ó una ley dada señaladamente á alguna por su utilidad* (*c*). Solamente puede concederle el que tiene potestad de hacer leyes, sea de propiomotu ó voluntad, ó por súplica del concesionario. Si contiene la cláusula, *de motupropio, cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto*, no solo admite una plenísima interpretacion á favor del agraciado (*d*), sino que no se le debe objetar el vicio de obrepcion ni el de subrepcion (*e*); pero si carece de ella, se le puede argüir de haber ocultado para su consecucion alguna verdad substancial, que es la *subrepcion*; ó dicho, falsedad y mentira, que es la *obrepcion*, pues su concesion se entiende siempre con la condicion tácita de que sea verdadero lo expuesto, aunque en él no se exprese, por lo que si contiene alguno de los dos vicios expresados, no vale (*f*). Puede ser personal y real: personal es el que se concede á una ó mas personas determinadas, ó por ley general á cierto género de personas, á las quales compete solamente y no á sus herederos, de suerte que no es transmisible (*g*); y real es el que se concede á la cosa, causa ó accion, y como coherente á ella pasa no solo á los herederos del concesionario, sino tambien á los que suceden en la misma cosa; y en caso de dudarse si es personal ó real, oneroso ó gracioso, se ha de entender personal y gracioso. Tambien puede ser mixto de real y personal, gracioso, remuneratorio, puro, convencional, comun ó de comunidad, y privado de personas privadas.

314 Se dividen los privilegios en afirmativos y negativos: los pri-

(*a*) Leyes 112, 114, 119. y sig. tit. 18. P. 3. (*b*) Ley 118 cerca del fin tit. y P. cit. (*c*) Cap. 25. de Verb. signific. y leyes 1 tit. 11. P. 1, y 2 y 28 tit. 18 P. 3. (*d*) Cap. 4 de Præbend. in 6. (*e*) Cap. 23 del mismo tit. (*f*) Leyes 36 y 37 tit. 18 P. 3. (*g*) Regla 27 tit. 34 P. 7.

meros son para dar, hacer ó percibir cierta cosa, y los segundos para no darla, hacerla ni pagarla (*a*). De ellos algunos están incorporados en el derecho, quales son los de las Iglesias, Eclesiásticos, soldados, menores, estudiantes, labradores, hidalgos, Jueces, Abogados, hijos de familia, fisco, acreedores, mugeres, &c. otros fuera de él, como el que se concede á alguna persona, comunidad ó pueblo: otros son contra el derecho, porque le derogan y exîmen al privilegiado de la ley á que estaba subordinado, los quales solo puede concederlos el Soberano á sus súbditos; y otros no lo son, por no prohibir el derecho el acto, cosa ó materia sobre que recae el privilegio, y puede concederse tanto á los vasallos como á los que no lo son (*b*).

315 No solo puede adquirirse el privilegio por concesion del Soberano hecha de su espontánea voluntad ó á solicitud del privilegiado sino tambien por prescripcion ó costumbre (*c*); pues tiene fuerza de privilegio y por ella se adquieren la jurisdiccion, la facultad de exîgir tributos, la exêncion de pagar diezmos y otras cosas (*d*); bien que para adquirir la jurisdiccion en estos dominios es necesario título con el uso de ella por espacio de 40 años continuos sin interrupcion civil ni natural; y á falta de título es indispensable la prescripcion inmemorial (*e*). Tambien se adquiere el privilegio por comunicacion ó participacion, que es quando el Soberano manda que el que concedió á uno, se extienda á otro, y que éste participe de él (*f*); pero habiéndose concedido á personas singulares no se debe ampliar por identidad de razon á otras no expresadas en él, ni de un caso á otro. Tampoco se extiende la dispensa á casos en que milita mayor razon que en los contenidos en ella, porque es odiosa por su naturaleza (*g*), y así lo contrario sucede en la legitimacion que es favorable, por lo que para la concesion de ésta no es necesaria citacion de los parientes que deben suceder abintestato, y para la dispensa sí, aunque algunos lo niegan.

316 No las cosas claras sino las obscuras necesitan de interpretacion. La de los privilegios es de quatro especies: la una se llama *extensiva*, y es aquella por la que la disposicion de la ley se extiende á

(*a*) Ley 42 tit. 18 P. 3. (*b*) Leyes 28, &c y 34 tit. 18 P. 3. (*c*) Cap. 13 de Judic. y cap. 26 de verb. significat. (*d*) Cap. 9 de Offic. judic. ordin. Cap. 13 al fin de Foro compet. cap. 4 y cap. 18 de Præscription. cap. 9 de Privileg y cap. 74 de Reg. jur. in 6. (*e*) Ley 1 tit. 10 lib. 5. R. ó 6 tit 5. lib 3 N. R. (*f*) Arg. 2 cap. de Privileg. lib. 6. (*g*) Cap. fin. de Postulat. Prælat. cap. 1 y 2 de Filiis presbyt.

otro caso ó persona fuera de las palabras de ésta y de la mente del Legislador, aunque no contra la intencion de éste (*a*): otra *comprehensiva*, y es la que se hace fuera de las palabras de la ley y no de la mente del Legislador, como quando la decision de la ley se amplia á otro caso ó persona no comprehendida en aquellas, pero sí en la voluntad del Legislador, que es la que debe atenderse, y no las palabras con que la manifiesta ó explica (*b*): *otra autoritativa*, *auténtica*, *definitiva*, *ó judicial*, y es la que hace el Soberano que concede el privilegio ó su sucesor; y á ella se debe estár así en juicio como fuera de él; y la otra *doctrinal o magistral*, que es la que pueden hacer los Doctores, Maestros y personas versadas en el derecho, mas ésta, aunque tiene autoridad y hace opinion, no induce necesidad ni obligacion de asentir á ella como á la otra. Esto supuesto debo decir en primer lugar, que los privilegios que son contra el derecho comun, ó ceden en detrimento de tercero, se deben interpretar estrictamente, ya porque toda derogacion de aquel es odiosa (*c*), y las cosas odiosas se deben restringuir (*d*), ya porque no es visto derogarle ni querer privar el Soberano á nadie del que tiene adquirido, á menos que el mismo privilegio lo exprese; y en segundo lugar, que los que no son contra derecho sino fuera de él, ni ceden en perjuicio de tercero, por ser unas meras gracias ó beneficios del Soberano, se han de interpretar latamente (*e*). Y si éste concede privilegio, por el que dona villa, castillo ú otro lugar poblado, ó que se ha de poblar despues, ha de entenderse esta donacion con arreglo á lo que ordena la ley 9 tit. 4 P. 5 en estas palabras: „Pero decimos que quando el Emperador ó el Rey face donacion á Eglesia ó á Orden ó á otra persona qualquier, assí como de villa, ó de castillo, ó de otro logar en que oviesse pueblo ó se poblasse despues, si quando gelo dió, otorgó por su privillejo que gelo daba con todos los derechos que avia en aquel logar, é devia aver, non sacando ende (*de esto*) ninguna cosa: entiéndese que gelo dió con todos los pechos, é con todas las rentas que á él solian dar é facer. Pero no se entiende que él da ninguna de aquellas cosas que pertenecen al señorío del Reyno señaladamente, assí como moneda ó justicia de sangre. Mas si todas estas cosas fuesen puestas, é otorgadas en el privillejo de la donacion, estonce bien pasaria al logar, ó á la

(*a*) Argum. c. 4 vers. Nos igitur, de Confirmat. util. (*b*) Cap. 88 de Reg. jur. lib. 6. (*c*) Cap. 1 y cap. 2 de Filiis Presbyter. in 6. (*d*) Cap. 15 y 28 de Regul. jur. in 6. (*e*) Ley 27 tit. 18 P. 3. y regla 28 tit. 34 P. 7.

persona á quien fuese fecha tal donacion, salvo ende (*á excepcion de*) que las alzados (*apelaciones*) de aquel logar deben ser para el Rey que fizo la donacion é para sus herederos, é deben facer guerra, é paz por su mandado.,,

317 La confirmacion es ratificacion y corroboracion del derecho adquirido, y la de privilegios es un rescripto, por el qual el soberano ratifica y corrobora el primero expedido legítimamente, pues el que es nulo no se puede confirmar, y quando se confirma simplemente algun acto, no es visto confirmarse el que contiene nulidad (*a*). De dos maneras se hace la confirmacion: la una en forma comun, simple y ordinaria, y la otra en forma específica y de cierta ciencia: la primera es aquella, por la que se confirma el derecho ó privilegio sin que preceda conocimiento de causa, ni darle mas vigor, ni conceder tampoco nuevo derecho, de modo que le dexa en el estado en que ántes se hallaba, sea el de válido ó inválido (*b*): y la segunda es la que se hace con pleno conocimiento, y exámen del privilegio y de todas sus circunstancias, de tal suerte que no solo corroborra el privilegio válido y dá nuevo derecho al privilegiado, sino que revalida y concede de nuevo los privilegios revocados, viniendo á ser una nueva concesion. Se conoce serlo, quando contiene estas cláusulas: *de cierta ciencia, de plenitud de potestad ó de poder absoluto, no obstante qualesquiera leyes, decretos, usos, costumbres y estatutos en contrario, pues los derogo y anulo, &c.* y otras semejantes, ó quando en el privilegio de confirmacion se inserta el primitivo confirmado, que es lo mas seguro para evitar dudas, como lo manda la ley 2 que se cita en el número 324. Se divide la confirmacion en útil y en inútil: se llama útil la que es válida, y tal que el Juez no puede violarla ni aun tomar conocimiento de ella (*c*); é inútil, quando es de ningun valor, por haber sido obtenido el privilegio con vicios de obrepcion y subrepcion (*d*), ó por contener defectos substanciales segun las leyes, que no se subsanan con especificacion en su confirmacion; pues las cosas contrarias á derecho nunca se entienden confirmadas, excepto que el Soberano las conceda nuevamente.

318 No goza del privilegio el privilegiado contra el que lo es igualmente, y así el menor no es restituido contra otro menor: lo qual

(*a*) Cap. 12 de Constit. y 31 de Decimis (*b*) Cap. 4 de Confirmat. ult. cap. 5 de Conces. Præbend. Ley 2 tit. 18 P. 3. verb. Pero si fuere de confirmamiento. (*c*) Cap. 1 y cap. 3 de Confirmat. util. (*d*) Cap. 3, 5, 6 y 7 de Confirmat. util. y cap. 20 de Rescrip.

se limita, en primer lugar, para con el que es dos veces privilegiado ó tiene doble privilegio, pues éste goza de él contra el que lo es solamente una: en segundo lugar, quando el uno trata de adquirir lucro ó utilidad, y el otro de evitar su daño, pues éste gozará del suyo contra aquel; y en tercer lugar, para con el privilegiado específico, porque se prefiere al genérico, y en concurso de los privilegios, uno general y otro especial, vale éste porque el género se deroga por la especie (*a*): siendo de advertir que el privilegiado que viola y atropella los privilegios de otro, debe ser privado del suyo (*b*), por ser justo no se conserven los derechos y prerogativas al que se atreve á vulnerar y despreciar las agenas, y que se le trate del modo que trata á los demas (*c*).

319 Siendo personal el privilegio cesa y se extingue por muerte de la persona á quien se concedió, como se ha expuesto (*d*); mas no por la del que le concedió, ni por la deposicion de su oficio, si fué concedido absolutamente (*e*), pues siéndolo con alguna condicion ó limitacion á tiempo cierto se acaba con la muerte de aquel (*f*), aunque no, si lo fué con la cláusula, *hasta que le revoque*; porque para la revocacion se requiere acto nuevo positivo y contrario, y con la muerte del que le concedió, únicamente hay una cesacion de su voluntad ó falta de continuacion en ella. Si el privilegio es real, cesa por acabarse la cosa privilegiada (*g*), como se extinga ó perezca sin que haya esperanza de repararse ó volverse al estado que ántes tenia, y no en otros términos.

320 Se extingue asimismo por las causas siguientes. La primera es, quando cesa la final porque se concedió, pues no basta que cese la impulsiva ó la que movió á su concesion (*): lo qual se entiende del que deroga el derecho comun ó el de algun tercero, mas no del que proviene de mera liberalidad y munificencia del Soberano, y no es derogatorio de aquellos, porque éste como no requiere causa, se conserva, aunque cese la que impelió á su concesion (*h*). La segunda es, haber espirado el tiempo de su concesion ó faltado la condicion puesta

(*a*) Ley 90 ff. de Reg. jur. cap. 1 de Reg. jur: in 6. (*b*) Cap. 4 de Privileg. (*c*) Cap. 6 de Constitut. y 7 de Privileg. (*d*) Regla 27 tit. 34 P. 7. (*e*) Cap. 9 de Offic. delegat. in 6 y 20 de Prebend. in 6. (*f*) Cap. 5 de Rescript. in 6. (*g*) Cap. 42 de Reg. jur. in 6.

(*) La causa final es el fin con que se hace alguna cosa, y la motiva ó impulsiva es la razon ó motivo que inclinó á hacerla.

(*h*) Cap. 60 de Appelation.

en él. La tercera es, por renuncia que haga de él libre y espontáneamente el privilegiado, quando fué concedido singularmente á su persona, porque cada uno puede abdicar de sí y renunciar lo que está establecido en su beneficio privativo; pues si se concedió principalmente en favor de alguna iglesia, comunidad, pueblo, estado, universidad ó dignidad, no se extingue ni pierde, por renunciarle alguno ó algunos de los individuos de estos cuerpos (*a*). La quarta es, el empezar á ser nocivo, pues entónces cesa por sí mismo (*b*). La quinta, por convertirse en daño de muchos (*c*). La sexta, por abusar de él la persona privilegiada (*d*); bien que por esta causa no siempre se pierde *ipsojure*, y es menester que recaiga sentencia declaratoria. La séptima es, no usar de él en juicio para su defensa el agraciado siendo demandado, ó no apelar de la sentencia condenatoria (*e*); y fuera de juicio en el discurso de 10 años entre presentes y 30 entre ausentes: lo qual ha de entenderse, quando es afirmativo y concedido con gravámen de tercero, y sin embargo de haber ocurrido al privilegiado ocasion de usar de él no lo hizo sabiendo que le tenia, pues por esta omision es visto renunciarle tácitamente (*f*): mas si es de pura gracia y no cede en detrimento de tercero, no se pierde por el no uso. La octava es, el contrario uso siendo privilegio negativo y oneroso á otro ú otros sugetos, no si es puramente gracioso y á nadie gravoso (*g*). Y quien alega haberse perdido por el no uso ó por uso contrario, debe probarlo, porque es el fundamento de su intencion, pero si es de confirmacion, debe probar que se ha usado el que le presenta, y no el que niega; y si en el privilegio posterior dice, *salvos los derechos de los privilegios de otros*, deben presentar los suyos todos los privilegiados, y valdrán solamente los primeros (*h*).

321 Y la nona y última causa porque cesa y se extingue el privilegio, es la revocacion ó derogacion hecha por quien le concedió, ó por su sucesor ó superior. La revocacion puede ser *expresa* ó *tácita*, y la expresa, *especial* ó *general*; se llama especial, quando se nombran en ella cierto ó ciertos privilegios determinados, y general, quando se revocan genéricamente todos los privilegios contrarios á cierta ley, constitucion ó decreto. La revocacion general es de dos maneras: *comun* y *extraordinaria*: la comun es la que se hace por cláusula general

(*a*) Cap. 12 de Foro competent. (*b*) Cap. 61 de Regul. jur. in 6 (*c*) Ley 43 tit. 18 P. 3 verb. Otrosi decimos. (*d*) Ley 42 tit. 18 P. 3 al fin. (*e*) Dicha ley 43 verb. Otrosi decimos al fin. (*f*) Leyes 42 tit. 18 P. 3 y 3 tit. 7 P. 5 al fin. (*g*) Dich. ley 43 al principio. (*h*) Ley 27 tit. 18 P. 2.

comun, como lo es ésta: *No obstante qualesquiera privilegios*: la qual puesta en el privilegio posterior sin otra mencion expresa ni específica no revoca los incorporados en el derecho, ya porque se debe evitar quanto sea posible la correccion de éste que no se presume, si no se expresa claramente (*a*): ya porque con la derogacion general no se juzga abolirse ni quitarse el derecho especial, excepto que el Soberano lo diga, pues si éste lo quisiera, lo expresaria (*b*): ni tampoco se quitan, ni suprimen los privilegios que se hallan fuera del cuerpo del derecho, si se concediéron con la cláusula: „de que no se entiendan revocados, excepto que se haga de ellos mencion específica en el de revocacion.„ La revocacion general y extraordinaria es la que contiene cláusulas generales y extraordinarias: v. gr. „No obstante qualesquiera privilegios concedidos con qualesquiera cláusulas ó palabras: ó con las de que se deba hacer mencion literal y específica de los concedidos anteriormente, pues sin embargo de esto se revocan, y dan por referidos é insertos á la letra, como si lo fueran, para que nunca valgan, ni se pueda usar de ellos.„ Si el privilegio se concedió por modo de contrato ó por remuneracion de méritos y servicios, no se juzga revocado por la cláusula general comun, á ménos que en el posterior se ponga esta expresion específica y particular: porque esta revocacion cede en perjuicio de tercero, á quien por ella se pretende privar del derecho que tiene adquirido, y no se presume que el Soberano quiere quitársele sin causa, miéntras no lo exprese, sino es que se interese en ello la causa pública que se prefiere á la privada (*c*).

322 La revocacion tácita se hace por acto del Soberano directamente contrario al privilegio, ó que no puede subsistir ó tener efecto, si no se revoca el anterior, siempre que sea de presumir tenia éste presente: de modo, que por la ley general que no revoca expresamente los privilegios, se juzgan revocados los que están en el cuerpo del derecho, porque como éstos son leyes universales, se presume que el legislador las sabe, y que revoca la primera que contiene el privilegio del derecho comun, aunque en la posterior no lo exprese. Pero no se consideran revocados los que se hallan fuera del cuerpo de la legislacion, excepto que se mencionen, pues siendo su derecho privado, no se presume que el legislador le sabe, y así no se entiende

(*a*) Arg. cap. 29 de Election. in 6. (*b*) Cap. 2 § 1 de Translat. Episcop. 12 de Decim. y 2. de Privileg. y ley 37 tit. 18 P. 3. (*c*) Leyes 27 verb. E si fueren, y 39 al princip.

haber querido revocarlos, miéntras no lo diga. Tampoco se revoca el privilegio primero por el posterior contrario, á no ser que se haga de él mencion especial, porque como el privilegio es un derecho privado y particular, presúmese que el Soberano concedió el segundo con ignorancia del anterior, y por consiguiente que ésta concesion fué subrepticia y como tal nula (*a*). Y si se da sentencia contra el privilegio por el Soberano que pudo concederle, no se revoca tácitamente por aquella, sino que se reprueba y desecha como inválido y defectuoso.

323 Antes de la era 1442 que corresponde al año de 1404 se expedian los privilegios ó cartas de donacion y mercedes Reales de dos modos; el uno por albalá ó cédula firmada por el Rey, y sellada con sello de plomo ó cera, ó con otros signos de que usaban los Reyes, y el otro con sello en forma de rueda y expresion de los nombres del Rey, Reyna, Infantes, y demas Próceres y Ministros que lo confirmaban, á cuyo privilegio llamaban *rodado* (*b*). En las Cortes celebradas en Valladolid el referido año por Don Juan el II. se estableció que no se hiciesen dichas donaciones sin acuerdo de los de su Consejo, ó de su mayor parte y número de personas, exceptuando los oficios menores de la Casa Real, limosnas y otras cosas que expresa la ley 5 tit. 10 lib. 5 R. y actualmente se despachan los títulos, privilegios y sus confirmaciones por el Real y Supremo Consejo de la Cámara en virtud y á conseqüencia de Real decreto de la concesion de la gracia que precede: se refrendan por el Secretario de la Cámara, los firman ó rubrican los Señores de ella á la espalda de la firma Real, se registran y sellan en la chancillería ú oficina del Real sello, y se toma la razon de ellos en las contadurías que se previenen á su final.

324 Todo privilegio Real antiguo, sea ó no rodado, para hacer fé en juicio, debe contener el nombre del Rey que le concedió, los años que habia entónces que reynaba, el dia, mes, año ó era, y pueblo de su concesion y mencion específica de la cosa que se concedió: estar sellado con el sello ó señalado con el signo que usaba, refrendado del Notario ó Escribano (ó llámese como hoy Secretario) ante quien se expidió: registrado en los libros de mercedes, ó de lo salvado, y no roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, y ademas ha de ser conforme á los que aquel Rey expedia (*c*): lo qual deberá acreditar pre-

(*a*) Dicha ley 39. (*b*) Leyes 2 y 4 tit. 18 P. 3. (*c*) Leyes 2, 3, 4, 44, 111 y 114 tit. 18 P. 3.

cisamente con otros indubitados el que le tiene, si se le niega ser suyo por contener defectos substanciales que le constituyan sospechoso, ó por otro motivo, aunque tenga sello de plomo ó cera, porque como éste pende de hilos, se puede quitar de uno y poner en otro quando se quiera, de suerte que éste sello por sí solo le da poco valor; y conteniendo todos los requisitos expresados hace prueba en juicio en todas cosas, lo que no sucede á las cartas selladas por otros, pues prueban solamente contra ellos (*a*). Si es rodado, debe contener á mas de lo expuesto los requisitos que prescribe la ley 2 tit. 18 P. 3, y siendo de confirmacion ha de insertarse en éste el confirmado, para que no se dude que lo fué con conocimiento de causa, como lo manda la ley (*b*): siendo de tener presente, en primer lugar que el traslado del privilegio no hace fé, á ménos que el Rey le mande sellar, ó que se compruebe con su original, manifestando éste el privilegiado (*c*): en segundo lugar, que el privilegio ó carta obtenida sin poder del dueño del pleyto, no vale, excepto que el que le obtuvo sea de los que pueden comparecer en juicio sin él (*d*); y en tercer lugar, que el rescripto ganado por uno de los socios aprovecha á sus consocios (*e*).

325 Los libros de cuentas en que sientan los mercaderes y otros lo que dicen les deben (que es la última de las tres clases de prueba respectivas á la quarta especie), no prueban sino contra ellos mismos; pero si incluyen cantidad cierta, y es mayor el débito, pueden sus herederos probarlo, á ménos que aquellos juren en el testamento que no es mas, ó remitan el exceso al deudor, pues entónces no se debe admitir prueba á los herederos, ni pueden pedirle (*f*). Y si los libros contienen varias partidas en pro y en contra, ha de aceptarlas ó desecharlas en el todo el que los tiene, porque se le prohibe admitir lo favorable y repudiar lo adverso.

326 La quinta especie de prueba es la que se hace *por vista ocular y evidencia de la cosa ó hecho*, y así ninguna es mejor que ella, quando puede haberla, como sobre edificios, términos de pueblos y he-

(*a*) Ley 1 tit. 20 P. 3. (*b*) La 2 cit. verb. E si fuere de confirmamiento (*c*) Dichas leyes 44 al fin y 114 verb. E todo esto. (*d*) Leyes 10 tit. 5 y 39 al princip. tit 18 P. 3. (*e*) Ley 40 tit. 18 P. 3. Acerca de las donaciones de Don Enrique IV vease la ley 4 tit. 10 lib. 5 R. ó 9 tit. 5 lib. 3 N. R. y de las de Don Enrique II en caso de reversion á la corona, la 11 tit. 7 y el auto acordado 7 tit. 7 del propio lib ó leyes 10 y 11 tit. 17 lib. 10 N. R. que la declara. (*f*) Ley 121 dich. tit. y P.

redades, injurias graves y otros semejantes á que asiste ó puede asistir el Juez (*a*), en cuyos casos sin preceder este requisito no debe el Juez dar el pleyto por probado, como lo dice la ley 13 al fin tit. 14 P. 3. „Ca en qualquier destas razones no deve el Juzgador dar el pleyto por provado, á ménos de ver él primeramente quál es el fecho, por qué ha de dar su juicio, é en que manera lo podrá mejor, é mas derechamente departir (*determinar*). En esta atencion podrá admitirse hasta despues de la conclusion, y si las partes no piden la vista ocular, puede el Juez de oficio mandarla hacer ántes de la sentencia para mejor proveer, asistir á ella y nombrar perítos que la hagan. Si se pide en la prueba, han de ser juramentados dentro de ella los inteligentes que se nombren.

327 La sexta especie de prueba es la que se hace por *presuncion* ó *conjetura*. Hay presuncion *de derecho, de hombre y de hecho*. La *de derecho* se divide en presuncion *solo de derecho*, y presuncion *de derecho y por derecho*: la primera es la que se halla mencionada en las leyes como una sospecha ó conjetura razonable y fundada; y la segunda es la que ademas debe tenerse por cosa cierta y verdadera segun las mismas leyes. La presuncion *de hombre* es la que no se menciona en el derecho y puede concebir toda persona sensata atendidas las circunstancias; pero ésta no hace prueba, aunque sea del Juez, porque como hombre puede engañarse, á ménos de ser grande ó manifiesta (*b*). Y la presuncion *de hecho* es aquel juicio que se forma por las ocurrencias pasadas ó futuras de lo que sucedió y puede suceder, la qual tampoco hace prueba (*). Y es de tener presente que la sentencia dada en virtud de presunciones no se debe mandar executar sin embargo de apelacion ó suplicacion, y que si no hay otras pruebas, y no se apela de ella, pasa en autoridad de cosa juzgada, como se practica.

328 La séptima prueba que se hace es por *ley* ó *fuero*, sobre lo qual se debe tener presente, que si los litigantes son extrangeros, y

(*a*) Leyes 8 verb. Otrosí hay otra manera de prueba; y 13 tit. 14 P. 3.
(*b*) Ley 10 tit. 14 P. 3.
(*) Las divisiones de la presuncion que se hacen en este n. no se encuentran en nuestras leyes, y son seguramente invencion de los intérpretes, como á primera vista ellas mismas manifiestan. Los miembros de la presuncion de derecho, hasta ahora obscura y desaliñadamente definidos, debieran ser mas breves, mas claros y significativos, y el miembro de *presuncion de hecho* deberia omitirse como comprehendido baxo del de *presuncion de hombre*.

la controversia es sobre contrato celebrado en su pais ó sobre cosa que se halla en él, se ha de decidir con arreglo á sus leyes y fueros, haciéndolos constar; pero si la cosa está, ó el contrato se celebró en nuestra península, se debe resolver por las de ella á causa de que las de su nacion no tienen aquí fuerza de tales (*a*). Y si son regnícolas, se ha de observar lo que manda la ley 1 de Toro, que es la 3 tit. 1 lib. 2 R.

329 Y la octava especie de prueba y última pregunta general es la *fama y notoriedad*, y así se articula en los interrogatorios: *que los testigos digan de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion.* La fama unas veces no es mas que una vana voz del vulgo ó rumor del pueblo que no tiene autores ciertos ni razones probables para que el hecho sea creido, y así no debe ser atendida ni estimada por tal: otras veces se origina de algunas personas perversas y sospechosas que por su propia utilidad y comodidad, ó por malevolencia esparcen una voz, y ésta solo merece un absoluto desprecio; y otras veces trae su orígen de personas graves y timoratas, de cuyo interes no se trata, por lo que no es de presumir que éste fué la causa de esparcirse y originarse. Por tanto, se llamará propiamente *fama*, ó se apoyará un hecho en la fama, quando todos los vecinos ó la mayor parte del pueblo afirman haberlo visto ú oido decir á personas ciertas y fidedignas que le viéron. La fama se diferencia del *rumor*, en que para éste basta que algunos digan alguna cosa sin señalar el autor de quien lo saben.

330 La fama originada de personas timoratas y fidedignas hace regularmente semiplena probanza: bien que se dexa al arbitrio del Juez, para que atendidas la qualidad de ella, las causas, conjeturas y personas de quienes trae su orígen, la gravedad del negocio contencioso y otras circunstancias, haga de ella el aprecio que merezca; de manera que aun sobre hacer prueba semiplena en materias civiles están vacilantes los AA. por ser falaz y seguir fácilmente muchos el dicho de uno, como á cada paso vémos; pero en los negocios criminales no la hace, porque en éstos debe ser clara como la luz, concluyente é indubitada, y no se han de determinar por sospechas (*b*).

331 Mas sin embargo la fama prueba plenamente en hechos antiguos que exceden la memoria de los hombres (*c*), en cosa de leve perjuicio, en las de dificil prueba, quando concurren con ella otros ad-

(*a*) Ley fin. tit. 14 P. 3. (*b*) Ley 12 tit. 14 P. 3. (*c*) Cap. 13 de Prob.

minículos y presunciones (*a*), ó se trata del interdicto de recuperar para que el despojado sea restituido; ó de probar la muerte de alguno en guerra, naufragio, ó parte remota, como se dixo en el n. 145, ó quando la opinion de todos los hombres del pueblo es de la certidumbre inmemorial de aquella cosa, ó la ley quiere que baste la fama para la prueba de algun hecho, y en otros cesos que trae Mascardo.

332 Como la ley presume que la vida del hombre puede llegar hasta cien años (*b*) (*), discuerdan los AA. acerca de si por fama se podrá probar la muerte del ausente, cuyo paradero se ignora. Unos lo niegan absolutamente, fundados en que se requiere nuncio ó portador cierto de la noticia de dicha muerte (*c*), porque la fama suele traer su principio de autor incierto y á veces falso (*d*): otros lo afirman, con tal que el que se dice difunto haya estado ausente diez años (*e*); y otros cuya opinion es la segura, distinguen: si ha poco tiempo que se supone muerto, v. gr. cinco años ó ménos, ó el pueblo, en donde se dice que murió, está cercano, es menester que depongan dos testigos fidedignos haberle visto enterrar, como lo manda la ley (*f*); y si por la distancia del pueblo no se pudiere justificar esto, para que la prueba se pueda tener por cierta, es preciso en primer lugar, que la fama esté corroborada con otros adminículos, á saber, con su generalidad, con la larga distancia del pueblo en que se asegura haber muerto, con la ausencia de él que exceda de diez años (*g*), con la deposicion de si tenia edad abanzada, si estuvo en la guerra sin volver despues de algun tiempo como el de un año, en que se esperaba su regreso, &c. en segundo lugar, que se acredite á lo ménos con dos testigos mayores de toda excepcion que depongan haberlo oido á otros fidedignos que nombre, y públicamente á la mayor parte del pueblo, por no bastar que en sitio público lo hubiesen oido á uno solo; como tambien que expresen de qué personas ha nacido la fama,

(*a*) Cap. 27 de Testibus, 1 de Appellat. y 11 de Præsumpt. (*b*) Ley 26 tit. 31 P. 3.

(*) La ley 26 cit. dice que si se concede á ciudad ó villa el usufructo de algun edificio ó heredad sin señalar tiempo, debe durar 100 años) "E esto es por esta razon, porque el usufructo que es otorgado señaladamente al comun de algun lugar, por la muerte de todos se pierde. E asmaron (*pensaron*) los sabios, que en el tiempo de los 100 años pueden ser muertos quantos eran nacidos el dia que fuesse otorgado el usufructo."

(*c*) Cap. 19 de Sponsal. Sanchez de Matrim. disp. 41 in Summar. lib. 2 q. 3 n. 13. (*d*) Cap. 7 de Cohabit. Clericor. (*e*) Góm. ley 80 de Toro n. 31 vers. Hodie tamen. (*f*) La 14 tit. 14 P. 3. (*g*) Dicha ley 14.

que éstas sean próvidas y honestas, y que ningun interes tengan en su declaracion; y en tercer lugar, que la fama se origine de causa razonable, como si el supuesto difunto se embarcó, hubo alguna tempestad, no volvió quando se le esperaba, ni la nave tampoco, y ni de él ni de ésta se supo, por mas exâctas y exquisitas diligencias que se practicáron en su busca, en los parages en que podia hallársele, y otras causas que especifican los AA. pues la fama ha de traer su orígen de noticias probables, en cuya atencion los testigos deben expresar las causas de que se deriva, á fin de que el Juez discierna si son probables, ó una voz vana y no probándose la muerte en bastante forma solo podrá el que intenta suceder al que se supone difunto, solicitar que baxo de fianzas se le encargue la administracion de sus bienes. Pero si alguno pretende pension, salario, ó réditos vitalicios de otro, no le basta la presuncion legal de que puede estar vivo, por lo que el hombre puede llegar á vivir, sino que debe probar que realmente vive al tiempo de pedir, que es el fundamento de su intencion; y así la prueba del que se funda en vida, es muy diversa de la del que alega la muerte de alguno.

333 Quatro cosas se requieren á lo ménos para que la fama pruebe. La primera es, que sea uniforme, constante, perpétua, y no vaga, leve, ni contraria, ó mezclada con alegacion ó dichos contrarios, porque si unos dicen que sí y otros que no, no se sabrá de qual cosa es la fama. La segunda es, que traiga su orígen de personas honestas y fidedignas que pueden persuadir al pueblo á decirlo y creerlo así; pues de lo contrario no será fama sino rumor ó una voz vaga del pueblo que es despreciable. La tercera es, que se pruebe legítimamente á lo ménos por dos testigos mayores de toda excepcion que expresen las causas probables de que se ha originado: que éstas sean capaces de inducir al pueblo ó su mayor parte á creerlo; y que asimismo digan baxo de juramento que aquel ó su mayor parte lo cree así, por habérselo oido: debiendo entenderse por mayor parte la de aquellos que pueden y á quienes toca saberlo, segun sea lo que se va á probar: v. gr. si se trata de la ciencia de algun Teólogo, basta que haya la fama entre la mayor parte de los Teólogos de que posee bien la Teología, pues los demas no tienen voto, porque la ignoran. Y la quarta cosa es, que siendo interrogados (como deben serlo), depongan del tiempo del orígen de la fama, y que éste no sea posterior al principio del pleyto, en cuyo caso no prueba, porque tiene contra sí la presuncion de que le motivó el litigio, y de que quien le movió la es-

parció. Tendrá presente todo esto el Escribano para saber preguntar á los testigos acerca de la fama de lo que deponen.

§. VIII.

Del término de prueba siendo mayores los litigantes, cómo se cuenta, desde quándo corre, y si se podrá suspender y practicar otra cosa durante él.

334 La dilacion es lo mismo que término ó espacio de tiempo que se concede al actor y reo para evacuar algun acto judicial. El término se divide en *legal*, *judicial y convencional*: se llama legal el que concede la ley, estatuto, estilo ó costumbre sin ministerio del Juez ni de los litigantes: judicial el que concede el Juez por disposicion ó con permiso de la ley; y convencional el que se conceden mutuamente las partes. El término probatorio es el que se da al que quiere acreditar su derecho, ó el que se concede al actor y reo para probar su intencion y sus excepciones despues de contestado el pleyto.

335 Puede conceder el Juez á los litigantes el término que contemple necesitan para probar su intencion, pues está en su arbitrio abreviarle, segun forme juicio por los méritos del proceso, calidad de las personas, cantidad y distancia del pueblo en que se ha de hacer la prueba; mas no ampliar el prescripto por la ley, porque ésta se lo prohibe expresamente (*a*), excepto que haya causa justa para ello y se pruebe, que entónces no solo puede abreviarle y restringirle, sino tambien revocar el concedido y ampliar todos los legales, aunque estén prefinidos con palabras taxâtivas (*b*) (*); porque como las leyes

(*a*) Ley 1 tit. 6 lib. 4 R. ó 1 y 3 tit. 10 lib. 110 N. R. (*b*) Ley 3 tit. 15 P. 3 y dich. ley 1 tit. 6 lib. 4.

(*) No podia llegar á mas la osadia de nuestros comentadores. Su funesto prurito de interpretar no liberta de sus glosas ni aun á las leyes que cuerda y expresamente rechazan toda interpretacion. La ley concediendo término señalado para una diligencia judicial prohibe con las mas claras palabras que ningunos Señores Ministros ni Jueces puedan alargarle. Sin embargo los intérpretes abrogándose la mayor autoridad y haciéndose superiores á la misma ley les dan facultades para prolongar las dilaciones. La ley instruida por una dilatada experiencia de la malicia de los litigantes coarta los términos para que no se obscurezca la verdad y se abrevien los pleytos. Sin embargo los intérpretes parece se empeñan en eternizarlos abriendo una anchurosa puerta á los sobornos, enredos, trampas y fraudes. La ley conoce que los males que pueden originarse de no quebrantar, ó de observar con todo rigor los términos, son muy pocos en comparacion de los innumerables que puede ocasionar su violacion. Sin embar-

se creáron para los casos comunes, y los Legisladores no pudiéron tener presentes los extraordinarios que pueden ocurrir, ni se puede autorizar de justo el que por falta de término suficiente queden indefensos los litigantes, dexáron al prudente arbitrio del Juez su ampliacion, restriccion y revocacion.

336 Esto supuesto debo sentar que el término ordinario y perentorio que la ley concede en las causas civiles es el de 80 y de 120 dias: de 80, quando la prueba de testigos se ha de hacer dentro de los puertos del lugar ó provincia en que el pleyto se controvierte; y de 120, quando se ha de evacuar fuera de ellos, que la ley llama *de puertos allende*. Y si todos los testigos se hallan fuera del reyno ó en provincias ultramarinas, v. gr. en las islas de Canarias, puede el Juez conceder seis meses, ó el que con atencion á la distancia del pueblo del litigio, cantidad y calidad del negocio, y personas litigantes conceptúe suficiente, añadiéndole ó menguándole, para que éstas justifiquen lo que les convenga, y no queden indefensas por falta del competente (*a*): de lo qual parece se infiere, que si parte de la prueba se ha de evacuar dentro y parte fuera, deberá hacerse cada una en el término que le está asignado respectivamente, y no toda fuera del de los 80 dias, porque para los testigos que se hallan de puertos adentro, no concede mas la ley; pero como ella no hace mencion de este caso, ni lo prohibe, y lo que no está prohibido se entiende permitido: como el término es comun á los litigantes y hasta que espire, no se ha de hacer publicacion, ni se causa detrimento al contrario, se les permite en dicho caso hacer toda su prueba pasados los 80 dias, y no se anula por esta razon, lo qual he visto practicar así.

337 Mas para que se conceda el término ultramarino ó extraor-

go los intérpretes solo tratan de evitar los primeros y no ponen la atencion en los segundos. La ley con ojos perspicaces extiende sus miradas hasta el fin de muchos siglos. Sin embargo los intérpretes no pasan con su vista del término de pocos dias ó pocos momentos. La ley con sus moderadas y suficientes dilaciones amonesta á los litigantes que estén prevenidos para poder dentro de ellas aprovecharse de su derecho. Sin embargo los intérpretes por favorecer demasiado é indiscretamente á los litigantes les hacen descuidarse, de manera que para demostrar y obtener su justicia no sean bastantes ningunos términos. La ley en fin es sabia maestra y buena política en el señalamiento de las dilaciones judiciales; y sin embargo los intérpretes teniéndola por tan ignorante como lo son los mas de ellos, quieren suplir ó remediar con sus exposiciones lo que conceptúan descuido ó necedad de los Legisladores.

(*a*) Leyes 1, 2 y 3 tit. 6 lib. 4, 1, 2, 3 y 4, tit. 10 lib. 11 N. R.

dinario, son precisas de parte del que le pretende quatro cosas: la primera, que le pida juntamente con el ordinario, sea quando la causa se recibe á prueba, ó quando se proroga, de modo, que corran ámbos á un propio tiempo, porque pasado el ordinario está prohibido al Juez conceder el ultramarino; la segunda es, que mencione los nombres y apellidos de los testigos de que intenta valerse: y el parage de su residencia, y dentro de 30 dias perentorios justifique no solo que se hallan en aquel, sino tambien que al tiempo del hecho litigioso estaban en el pueblo ó lugar donde sucedió; y lo mismo procede, quando están fuera del reyno: la tercera es, que jure no pide el término maliciosamente por alargar el pleyto; y la quarta, que se deposite luego la cantidad que merezca al Juez de la causa para las expensas que el colitigante haga en ir ó enviar persona al pueblo, en que dice hallarse sus testigos, á conocerlos, y verlos presentar y juramentar, pues no siendo pobre ó el fisco, debe ser condenado en ellas, sino prueba su intencion (*a*).

338 Si el hecho que se intenta probar, acaeció en las Indias ó en otros parages remotos, y los testigos están en ellos, se ha de pedir el término de año y medio, dos, ó mas segun la distancia, y el Juez ha de conceder el competente: cuyo término es ordinario y como tal se debe pretender, no como ultramarino, pues éste se llama así, quando el hecho pasó en esta península, y los testigos con quiénes se ha de justificar se hallan en parage ultramar, no quando sucedió allá; en el qual caso, como es accidental que la demanda se ponga aquí, y es de creer que los testigos están en su tierra, cesa la presuncion de malicia, á cuya conseqüencia para su peticion y concesion no se necesita ninguno de los requisitos que para la del ultramarino, como tampoco quando la prueba se ha de hacer dentro del reyno, porque las leyes no lo mandan; bien que la parte debe expresar el lugar en que se hallan, para que su contrario pueda ir ó enviar á conocerlos y verlos juramentar, porque de lo contrario no podrá hacerlo ni tacharlos; pero no se debe prorogar sin causa justa é impedimento probado, quál es la falta de embarcacion ú otra semejante, ni concederse restitucion, segun se colige del espíritu y contenido de las leyes citadas; y así se observa.

339 Como los Jueces no tienen precision de recibir de una vez los autos á prueba por todo el término legal, los reciben por 15 ó 20

(*a*) Dichas leyes 1, 2 y 3 tit. 6 lib. 4.

dias, ó por el que les parece á su arbitrio segun la necesidad y la naturaleza de la causa: en cuya atencion si los litigantes quieren gozar enteramente del ordinario, y que se entienda ser el mismo y no otro nuevo, deben pretender una ó mas veces que se prorogue; y para que se conceda la prorogacion, es indispensable que la soliciten dentro del concedido, pues si ocurren á pedirla despues de pasado, y éste es todo el legal, no debe prorogarle, aunque en caso que el primero sea limitado, y la parte jure y justifique que estuvo imposibilitada en él de hacer su prueba, puede conceder hasta quarto plazo, el qual será nuevo término y no el mismo ni prorogacion de él (*a*); pues no hay que prorogar, por haber espirado, á cuya conseqüencia lo que entónces se debe hacer, es: „dar traslado de la pretension al contrario, y mandar que con lo que dixere ó no, se traiga dentro de tercero dia:„ cuyo auto se le notifica, y si contradice la pretension, y quien la hace no justifica á lo ménos sumariamente el impedimento que tuvo para probar en el primer término, ó para pedir la prorogacion, ú otra causa justa, no debe deferir el Juez á su concesion, y si defiere, se puede apelar; lo qual se ha hecho á mi instancia en dos pleytos que he seguido en esta corte, pues por haber espirado el primer término de 20 dias en el anterior á el en que se pidió, tenido en su poder los autos el actor y no justificado imposibilidad, me opuse á la nueva concesion, y se le denegó; pero si la consiente ó no la contradice, puede condescenderse á ella, aunque no se haga juramento ni justificacion, y valdrá la prueba que se haga en el nuevo término (*b*); bien que en esto tienen mucho lugar la equidad y arbitrio del Juez, teniendo presentes la naturaleza de la causa, el término que pasó, y el motivo ocurrido para no haber pretendido su prorogacion; de suerte que para que la parte no quede indefensa, respecto no haber ley que trate específicamente de este caso, podrá concederle por equidad el término que estime competente para que haga su prueba en él. El término probatorio corre de momento á momento desde el dia de su última notificacion exclusive, segun corren naturalmente los dias, y de este modo se debe contar, por cuya razon si acude la parte á pedir la próroga á la hora de audiencia del siguiente á el en que espiró el concedido, no llega á tiempo por no ser dentro de él, y si en la última notificacion se pone la hora, corre desde ella.

340 Si la parte pide la próroga dentro del término, se le ha de

(*a*) Leyes fin tit. 15 y 33 tit. 16 P. 3. (*b*) Cap. fin de Acussat. lib. 6

conceder llanamente, y aunque sea para probar hecho acaecido de puertos allá, no necesita expresar causa, ni mas de que tiene que hacer su prueba mas allá de ellos, por hallarse allí algunos de sus testigos, pues la ley no exîge otro requisito, entendiéndose ser y continuar el mismo término, aunque la próroga se decrete mucho despues de pasado el anterior, porque la omision ó imposibilidad del Juez en no decretarla quando se pide, ó del Escribano en darle cuenta, no debe perjudicar á la parte que cumple con llegar á tiempo, y de lo contrario nada le serviria, pudiendo además suceder que quando se defiriese á la próroga, ya no hubiese que prorogar, y quedase indefensa. Por tanto, para precaver este perjuicio y evitar dudas de si ocurrió ó no á pedirla en tiempo hábil, lo que se practica y debe practicar, es: poner el Escribano originario, ó su Oficial mayor en el pedimento fé, ó nota del dia y hora en que éste se presenta, con la qual se estima haber estado suspenso el término desde que espiró hasta que se prorogó é hizo saber á ámbos litigantes la próroga, lo qual es corriente, se ha practicado á mi instancia en el Consejo, y he visto practicar en los demas tribunales de esta corte. El Escribano y su Oficial mayor no deben negarse á poner la nota ni á recibir el pedimento, aunque sea de noche.

341 Los litigantes son correlativos: entre ellos debe haber igualdad: lo que no es conveniente para el uno, no lo es para el otro (*a*), y lo favorable ha de ser para entrámbos (*b*), en cuya atencion el término probatorio es comun á los dos y todo para cada uno, como asimismo sus prórogas, aunque uno solo las pida; y sea ó no probatorio, se les debe hacer saber, para que le conste y empiece á correr, pues miéntras no se les notifique, no corre, ni como ignorantes de él les perjudica. Si se les notifica á ellos ó á sus Procuradores en distintos dias, empieza á correr desde el siguiente al de la última notificacion, sean dos los litigantes ó muchos como en un concurso, porque todo compete á todos y á cada uno para probar; y si se empezára á contar desde la primera, sucederia que no era enteramente comun para cada uno, y por consiguiente que el uno gozaba de todo él y los otros no, ó que corria en dos tiempos, y no era un solo término sino dos ó mas, y que el del uno se concluía ántes que el de los demas, lo qual es contra la mente de las leyes.

(*a*) Ley 41 ff. de Regul. jur. y cap. 32 del mismo tit. in 6. (*b*) Ley 125 ff de Regul. jur.

342 Lo propio milita, quando las prórogas se hacen y notifican ántes que espire el término ó dilacion anterior, pues no se cuenta, ni debe contar el prorogado hasta que se acaba el primero, porque continúa éste y es uno mismo; pero si se decretan despues de haber espirado habiéndose pedido en tiempo, empieza á correr el que se prefine en ellas, y debe contarse desde el dia siguiente al de su notificacion en la forma expuesta, entendiéndose suspenso el de su intermedio; y lo mismo procede, quando aunque se haya decretado ántes, no se hizo saber hasta mucho despues: todo lo qual, no obstante las dos opiniones diametralmente opuestas que hay acerca del modo de contarse; esto es, de si corre de momento á momento, ó si se ha de contar el dia de la notificacion; es lo que se practica inconcusamente en esta corte que debe servir de regla á todo el reyno, así como en las causas criminales manda expresamente la ley 2 tit. 10 lib. 4 Recop. que los términos y dilaciones que se guardan en la corte, se guarden en todas las ciudades, villas y lugares de estos reynos, y no otros diversos de ellos sin embargo del uso contrario (*), mayormente quando habiendo dos opiniones opuestas se ha de seguir la mas recibida (**). Y quando alguna de las partes pide término para despachar los autos por verse apremiada, debe contarse el que se le conceda, no desde el dia en que los toma, sino desde el siguiente al de su notificacion inclusive, y pasado el concedido, aunque haya tomado los autos dos dias ántes de espirar éste, se le puede apremiar á su vuelta, porque de lo contrario sería mayor que el que tal vez pretendió, y el Juez le concedió.

343 Siendo feriados todos ó la mayor parte de los dias corre tambien el término, porque es continuo en este caso, del mismo modo que corre y se deben contar para apelar segun derecho (a). Si las ferias son repentinas, y por esta causa padece detrimento la parte, debe ser restituida por todo el tiempo que duráron; y para que no quede indefensa por defecto del competente y evitar dudas (bien que no

(*) No osaré yo afirmar que la práctica de la corte en órden á los términos de las causas civiles debe servir de regla á todo el reyno, ya porque no hay ley en que apoyarlo, y ya porque la segunda citada solo habla de las dilaciones en las causas criminales haciendo tres veces mencion de éstas, sin que haya expresion que pueda referirse ó comprehender los términos de aquella.

(**) Mejor seria decir que habiendo dos opiniones contrarias deben exâminarse ámbas detenidamente para adoptar la mas razonable, sólida y conforme á derecho.

(a) Ley 24 tit. 23 P. 3.

debe haberlas, pues el testigo puede ser exâminado en ellas habiéndose juramentado en dia útil) ha de pedir al Juez que habilite los dias feriados, ó los suspenda, á lo qual debe deferir, y de esta suerte se consigue que todos sean útiles. Si repentinamente hay alguna suspension de tribunales, v. gr. por parto de Princesa ú otra celebridad, ó causa semejante, despues que se abran, ha de pretender se declare haber estado suspenso el término y no corrido en ellos, á lo que se debe deferir tambien, mas no, si no lo pide: lo qual he visto practicar y declarar en esta corte, porque en un caso inopinado y de que la parte estaba ignorante, no le debe perjudicar el no haber ocurrido á pedir la suspension ó habilitacion. Y en la requisitoria ó despacho exhortatorio que se expida para hacer probanza fuera del territorio del Juez que conoce de la causa, se ha de expresar qué dia se recibió á prueba, quánto término está pasado, y quánto falta que correr, para que la parte no se descuide en presentar sus testigos en tiempo hábil, ni sea perjudicada por este defecto, ni pueda alegar ignorancia.

344 Reciben muchas veces los Jueces lisa y llanamente los autos á prueba por via de justificacion con término limitado, v. gr. 20 ó 30 dias que suelen prorogar hasta los 79, añadiendo algunos la qualidad de que el término sea preciso y perentorio, y entónces no defieren á la próroga sin causa. Este modo de actuar que ha introducido la práctica, es legal, sin embargo de que las leyes no hablan expresamente de él, y se funda en que como el espíritu de éstas se dirige á que quanto ántes se dé la justicia al que la tenga, y no se eternicen los pleytos, confiriendo para ello á los Jueces la facultad de restringir ó abreviar el término; quando advierten que los litigantes pueden probar su intencion brevemente, ó que les falta algun adminículo para hacerlo mejor, limitan el término legal, quedando en su arbitrio el prorogarle ó no: en cuyo caso, así como en el auto regular de publicacion se dice, *hácese en este pleyto publicacion de probanzas*, se pone de esta suerte; *de las justificaciones hechas se comunica traslado recíproco á las partes*; lo qual es substancialmente lo mismo (*).

(*) »El término y plazo único de 80 dias que concede la ley con el mismo efecto que tenian ántes los tres sucesivos, se reserva a 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

345 Recibida la causa á prueba han de tomar las partes por su órden los autos para formar sus interrogatorios, y pedir se compulsen con citacion contraria los instrumentos y cosas que les conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si están redargüidos de falsos civilmente, por no ser los originales y haberse sacado sin la referida citacion; pues si no se redarguyéron, es superfluo pretender su comprobacion, por ser visto no dudar de ellos; y no han de solicitar se compulsen los que señalaren, sino señalarlos, porque no se debe admitir, ni admite señalamiento absolutamente indefinido, aunque sí siéndolo en parte de cosa determinada y cierta, v. gr. de tal libro de casados las partidas que señale, de tal convenio ó estatuto, las condiciones, artículos ó capítulos que me convengan, &c. Si conviene á las partes probar algunos particulares nuevos concernientes á la accion intentada que por olvido no hayan alegado, puedan alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio; de cuyo pedimento y no de éste se debe dar traslado al contrario, para que alegue y pruebe contra ellos, ó impugne su admision, si no conducen al pleyto.

346 El órden regular de tomar los autos siguiendo el del juicio es: primero el actor y luego el reo, por lo que se han de entregar á aquel, si ámbos acuden á un tiempo á tomarlos, y si no los vuelve á los 8 ó 15 dias (tal vez como suele suceder, con ánimo de que

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 interlocutoria, trae gravámen 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 lo 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."

"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." Señor Conde de la Cañada Instit. Pract. P. I. cap. 8 nn. 10 y 11.

el reo quede indefenso, y no pueda formar su interrogatorio), se le puede apremiar á su vuelta, pues debe tenerlos ménos tiempo por tres razones: la primera, porque quando llega á poner la demanda, tiene, ó debe tener preparados todos los medios de probar su intencion, puesto que le sobró tiempo para premeditarla y buscarlos, lo qual no sucede al reo que se vé sorprendido con la demanda y costreñido con los términos legales así para contestar como para excepcionar y probar: la segunda, porque el actor como que toma primero los autos, goza enteramente de todo el término, y miéntras el reo prepara sus defensas y forma su interrogatorio, puede hacer su prueba, siendo así que el reo solo goza de él desde que se le entregan; sin que sirva alegar que la mitad del término toca al actor, y que los puede tener durante ella, porque es todo para todos; no se puede dividir, por no permitirlo la ley, y la práctica contraria introducida por litigantes de mala fé para alargar los pleytos y causar costas al contrario es corruptela y se debe abolir; y la tercera razon es, porque aunque el reo tenga los autos el resto del término probatorio, en nada perjudica al actor, por no hacerle falta regularmente, sino que se le ofrezca ratificar testigos, ó hacer algun reconocimiento, pues para la comprobacion de instrumentos se pueden separar de los autos, como se hace, ó cotejarse despues de pasado el término. Dicho órden de tomar los autos no es necesario, por no mandarlo ni aun hablar de él las leyes, en cuya atencion si el reo acude primero por ellos, se le deben entregar, y si ninguno los quiere, no se le puede precisar á que los tome; y el término probatorio corre y no es visto suspenderse en los tribunales donde se comunican los interrogatorios, miéntras una parte tiene el de la otra para hacer repreguntas á los testigos contrarios, porque ninguna ley lo dice, y porque pasado el tercero dia de su comunicacion le puede apremiar á su vuelta, por ser bastante tiempo tres dias para exâminarle.

347 Los testigos presentados en el juicio civil ordinario han de ser exâminados con citacion contraria dentro del término probatorio, aunque haya dias feriados, pero si falta tiempo por esta ú otra razon, pueden declarar despues, con tal que hayan sido presentados y juramentados precisamente dentro de él; y aun despues de la publicacion pueden declarar y explicar, sea á pedimento de parte, ó de oficio del Juez, lo que hayan depuesto confusamente, ú omitido por no habérseles preguntado, y tambien dar razon de sus dichos (*a*), como

(*a*) Ley 30 tit. 16 P. 3 y en ella.

se ha sentado en el n. 281. Asimismo se han de ratificar en el término probatorio con citacion contraria los que sin haber precedido ésta fuéron exâminados ántes de la prueba y contestacion; y si algunos han fallecido, ó están ausentes en parte remota, de donde no puedan regresar, para ratificarse, se ha de recibir con testigos íntegros y fidedignos á instancia de la parte que los produxo, y no de oficio, informacion de abono, en la que deben declarar: „Que el que abonan, era buen Christiano, temeroso de Dios y fidedigno: que por tal estuvo siempre reputado entre todos los que le conocian y trataban: que en esta atencion no les queda ninguna duda de que diria la verdad en la declaracion que hizo tal dia, ni de que se debe dar entera fé y crédito á quanto expuso en ella: que saben que falleció en tal dia, por haberle visto cadáver, ó que está ausente en tal parte, por haberlo oido decir públicamente en el pueblo, ó que se ignora su paradero desde tal tiempo que se ausentó, &c. „Pero si precedió la citacion á su exámen, aunque no es necesario que se ratifiquen, y basta que se reproduzcan sus dichos en la prueba como parte de ella: sin embargo como ántes de la contestacion no hay juicio, no dañará, para que no se alegue que depusiéron fuera de él y no en tiempo oportuno, y que no fuéron preguntados por las generales de la ley, por cuya causa se ignora, si algunas los comprehenden y se les puede tachar; como tambien para obviar otros escrúpulos y reparos que sugieren á los litigantes de mala fé su cavilacion, y su poca ó ninguna justicia. En la ratificacion (como que viene á ser corroboracion de la declaracion primera, si en ella se ratifican llanamente, ó nueva deposicion hecha con las solemnidades legales caso que varie en algo) pueden los testigos añadir, quitar y enmendar lo que depusieron en la primera, segun se acuerden, y hayan recapacitado los hechos sobre que fuéron interrogados, á cuyo fin se les debe leer aquella á la letra, y valdrá, si por otro motivo no claudican sus aserciones, lo qual tendrá presente el Escribano, pues así se observa.

348 Lo expuesto en el núm. anterior es corriente en la prática de los tribunales de Castilla, no obstante que algunos fundados en las palabras, *para probar y haber probado, y para presentar la probanza*, que trae la ley 1 tit. 6 lib. 4 Recop. hablando del término que concede para la prueba, afirman que despues de éste no se pueden exâminar los testigos, aun habiéndose juramentado en tiempo hábil, ni tampoco quando el Juez concedió ó prorogó todo el de la ley, y aunque en el auto de prueba se omitan las palabras expresadas; pues

el estilo de los referidos tribunales superiores é inferiores ha temperado el rigor de la ley con omitir dichas expresiones en el auto de recepcion, y ponerle lisa y llanamente, habiendo obligado á ello la necesidad, para que las partes no quedasen indefensas, y se aclarase la verdad: lo qual se entiende, aun quando se haya concedido todo el término legal, como lo he visto practicar y aprobar repetidas veces; bien que si se concede todo aquel, y se ponen las referidas expresiones, entónces, como que el Juez por el hecho de ponerlas advierte que el término es bastante para todo, paréceme no podrán exâminarse despues de pasado, á ménos que por alguna causa no se hubiese podido hacer ántes y se acredite en forma para que aprecie sus dichos (*).

349 Los instrumentos públicos se pueden redargüir de falsos absoluta ó civilmente con la protesta ordinaria: absolutamente, segun se ha dicho en los nn. 301 y sig. y civilmente por una de quatro causas, á saber; *eficiente*, que es quando son hechos por persona inhábil, v. gr. por el que no era Escribano público, ó aunque lo fuese, estaba excomulgado, quando le hizo, ó suspenso: *material*, quando se hiciéron sobre cosa reprobada por derecho: *formal*, quando en su formacion no se observáron las solemnidades legales, como si faltó la fecha, subscripcion, ú otra cosa substancial, ó si el traslado presentado se compulsó sin la debida citacion del contrario; y *final*: v. gr.

(*) Quando el término para probar señalado por el Juez es menor que el de la ley, convienen los AA. en que si se presentan y juran dentro de él los testigos, podrán hacer y extender sus declaraciones aun despues de pasado; pero si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término legal, resuelven lo contrario. Otros AA. añaden la diferencia de que el término se hubiese concedido *para probar* y *haber probado*, en cuyo caso no admiten las declaraciones habiendo corrido, aunque sí, quando se dió el término *solamente para probar*. El Señor Conde de la Cañada habla extensamente de este punto y concluye con estas palabras. »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 usado del prudente arbitrio que dispensa al Juez la 1 tit. 6 lib 4, procede de un acto 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 testigos 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.» Inst. Pract. part. 1. cap. 8 nn. 20, &c. y 33.

si se hiciéron ó sacáron con vicios de obrepcion y subrepcion, si están raidos ó rotos en parte substancial, ó contienen otros defectos substanciales. La cláusula de la *protesta ordinaria* que se pone, quiere decir que no se procede con malicia, ni por diferir el pleyto ni causar costas á su colitigante sino meramente por convenir á la defensa del que redarguye y dudar de ellos, puesto que no son los originales, ni los ha visto ni ha sido citado para compulsarlos.

350 Para remover el vicio y sospecha de falsedad ó suplantacion de los instrumentos y testimonios redargüidos de falsos civilmente se deben comprobar ó cotejar con sus originales ó protocolos de donde se sacáron, precedida citacion de la parte contraria, y señalamiento de dias y horas, á fin de que asista, si quiere, á su cotejo; y si no son los originales, han de ser indubitados, pues el traslado autorizado sacado de papeles que la parte tenga en su poder, y que por no haberse compulsado con citacion ó de otro modo legal, no hacen fé, aunque se coteje con ellos, no servirá, mayormente quando es visto que se opuso la redargüicion no solo al traslado sino tambien á los documentos de donde se sacó por exhibicion, en cuya atencion es indispensable acudir á cotejarlos con sus originales, por no serlo aquellos, y ántes bien dudarse de su veracidad. A la manifestacion ó exhibicion de éstos no debe excusarse el que presentó sus copias, si el que redarguye, ó su Procurador, ó Letrado quiere verlos (*a*), é igualmente está obligado qualquiera de los litigantes á la del testamento ó escritura que tenga en su poder, si el contrario lo pretende (*b*). En su comprobacion ó cotejo ha de tener muchísimo cuidado el Escribano ó Receptor, pues debe poner todas las enmiendas, testaduras, raspaduras, entrerenglonaduras, y demas cosas y defectos que advierta así en los traslados producidos como en el protocolo, original ó libro becerro de donde se compulsaron, expresando si están salvadas, segun lo manda la ley, y de una misma letra y tinta, ó de diversas: dirigiéndose por ellos y no por el traslado: dando fé no solo de las señas del instrumento, ó libro producido ó exhibido para la comprobacion; á saber: si está foliado ó no, con qué pergamino ó cubierta, de qué color, y á qué folio, y quántos tiene, y si todas las hojas están ó no rubricadas por el que le autorizó: sino tambien de todo lo demas digno de reparo que haya en él y en el trasunto, y de si en lo referido concuerda ó no con él, manifestándolo todo con individualidad,

(*a*) Ley 3 tit. 5 lib. 4 R. 2 tit. 7 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 17 tit. 2. P. 3.

pues de otra suerte á mas de no cumplir con su obligacion se expone. Pero no debe admitir á la parte contra quien se produce alegaciones ni objeciones que se dirigan á enervarle ó anularle por otras razones substanciales que resulten de su mismo contenido, ya porque el acto del cotejo ó comprobacion solo es para notar los defectos que se advierten con la material inspeccion, lectura, y vista ocular del original y trasunto, y ver si éste concuerda con aquel; y ya porque el Escribano ó Receptor es un mero executor sin la mas leve jurisdiccion para la admision de dichas objeciones, si expresamente no se le concede: de manera que todos los demas defectos se deben exponer y deducir ante el Juez de la causa como el único que tiene facultad para conocer de los méritos de ella, y de quanto intenten y produzcan en apoyo de su intencion los litigantes. Lo mismo se debe practicar en la comprobacion de los privilegios, libros y otros papeles, porque versa igual razon, lo qual ignoran muchos que deben saberlo, y tendrá presente el Escribano. Mas si se compulsáron con la debida citacion, ó no los redarguye de falsos la parte contraria, luego que se le comunican, como lo debe hacer, no es necesaria su comprobacion, por ser visto aprobarlos y no dudar de la veracidad de su contenido, ni despues debe redargüirlos sin nuevo motivo.

351 No se deben extraer los padrones y papeles originales para las pruebas, sean de hábitos ú otras, de los archivos públicos en que están, ni de los oficios de Escribanos sus protocolos, ni tampoco de las iglesias los libros parroquiales, sino que á presencia de las personas á cuyo cargo está la custodia de unos y otros, se han de sacar y compulsar las partidas é instrumentos que se necesiten, segun está mandado para evitar su pérdida y extravío, y los irreparables daños que experimentaba el público por hacerlo (*a*). Lo propio debe observarse con los papeles, instrumentos y privilegios que se hallan en archivos de personas privadas, porque milita igual razon y las leyes no distinguen; con la diferencia de que á aquellas se debe compeler litigando entre sí y estando en el pueblo del juicio, á que los muestren ó exhiban en la audiencia para cotejarlos con las copias producidas, ó á sacarlas de ellos con la correspondiente citacion; y evaluado el cotejo ó compulsa se les han de devolver sin demora baxo de recibo, para que los custodien en sus archivos; pero no quando están

(*a*) Leyes 28 tit. 22 lib. 2 y 79 cap. 54 tit. 4 lib. 3, y auto 4 tit. 11. lib. 2. R. ó 15 tit. 10 lib. 11 N. R.

fuera del pueblo. Así se concilia el mandato de las leyes que ordenan mostrarlos, con el de las que prohiben su extraccion de los archivos: logran verlos las partes, y no se les causa detrimento, que es lo que como justo se observa en esta corte. Por tanto, se debe abolir como injusta y perjudicial la práctica de algunos tribunales contraria á ésta, que es propiamente corruptéla, pues ninguna ley manda que se presenten los originales y se queden en los autos, sino que se muestren: es decir; que se exhiban ó manifiesten para que la parte contraria los vea, y se saque copia de ellos ó se coteje la producida; entre lo qual hay notable diferencia, porque con la presentacion se despoja de sus armas al que las tiene para su defensa, sin oirle ni vencerle, y con la exhibicion no. Asimismo se debe observar lo propio con los libros de caxa que los comerciantes y cambistas tienen en sus casas para su giro y comercio. Pero en los pleytos de reversion á la corona de cosas enagenadas de ella y en otros en que es interesada, se deben presentar originales los privilegios, donaciones, y concesiones Reales y Pontificias, si el Fiscal Real lo pretende, porque es privilegiada, tiene fundado derecho á ellas, y así el poseedor debe manifestar el título en cuya virtud las posee. Lo dicho es lo que se practica y tendrá presente el Escribano, pues por haber presentado los originales muchas casas privadas, fallecido los que los produxéron, y no haberlos vuelto á recoger é ignorar en donde paran para pedirlos y reivindicarlos, se ven desposeidas de haciendas, privilegios y regalías.

352 Miéntras dura el término probatorio, ninguna cosa se puede hacer mas que la prueba, ni el Juez puede tampoco pasar adelante, porque fué establecido únicamente para ella, y si se hace, es nulo, como lo dice la ley 2 al fin tit. 15 P. 3. „E aun decimos que miéntra el plazo durare que el juzgador dá á algunas de las partes, no deve facer ninguna cosa nueva en el pleyto, nin se trabajar dello; fueras ende sobre aquella razon porque fué dado el plazo, assi como recibir testigos, ó ver las cartas ó privillejos que aducen antel en prueva.„ Así que, si se introduce algun artículo *perjudicial*, se debe pedir al propio tiempo suspension de él, deferirse á ella, y subsistir suspenso hasta que se declare lo que corresponda sobre el artículo. Las razones son: la primera, porque como la ley prohibe que se practique otra cosa durante él, y si se practica, se procede contra su mandato; para no violarle se usa del medio de la suspension, que es el único que la sutileza de los Jueces y Letrados, y la equidad y necesidad han hallado, para que ni los litigantes quedasen indefensos por falta de tér-

mino competente, ni las leyes se quebrantasen, pues no hablan de ella: la segunda, porque de no hacerlo así correrian á un tiempo dos términos, uno de prueba sobre lo principal, y otro sobre evacuacion del artículo, lo qual no puede ser, porque como distintos, incompatibles y creados para cosas diferentes deben correr en diversos tiempos: la tercera, porque en los juicios se deben evacuar con la respectiva audiencia todas las pretensiones é incidentes, pues de omitirse habria que reponer los autos al estado que tenian quando se intentáron, como muchas veces sucede, originándose gastos y dilaciones; y la quarta, porque de lo contrario se incidiria en uno de dos escollos, ó de que ínterin se substanciaba y determinaba el artículo, se pasase el término de prueba y la parte que le habia introducido, quedase indefensa en lo principal por su defecto, lo qual resisten las leyes y la razon, ó de que si la hacia, no se evacuaba el artículo y el término corria, llegase el caso de la publicacion, por haber espirado éste, y hubiese precision de volver atras, que era á determinar el artículo, y si se hacia venir al juicio á un tercero, la hubiese tambien de oirle y abrir de nuevo el término de prueba, con lo qual se diferia mas el pleyto.

353 Empieza la suspension desde el dia en que se presenta el pedimento pretendiéndola é introduciendo el artículo, aunque mucho despues se defiera á ella, ó por executoria se declare no haber lugar á éste. Miéntras dura, ninguna de las partes, sabiéndola judicialmente, puede hacer prueba; y si la hace, y la contraria respondió quando se le citó, que queria hallarse presente á juramentar los testigos, compulsar ó comprobar instrumentos, ó hacer otro género de prueba, (cuya respuesta debe admitir el Escribano comisionado, y señalarle dias, horas y parage, para que concurra, sin que necesite dar pedimento á este fin, porque no hay ley que lo prevenga) y por haber formado el artículo, no asistió; es nula como hecha fuera del término legal y sin la correspondiente solemnidad, por lo que se han de volver á juramentar los testigos á su presencia, y cotejar los instrumentos presentados y compulsos, si no quiere pasar por lo actuado durante la suspension.

354 Pero si en los dias que señalaron y mediaron ántes de notificársele la suspension, se juramentaron algunos testigos, pueden ser exâminados durante ella, por haber sido juramentados en tiempo hábil, aunque á conseqüencia de la citacion para su juramento no le hubiese presenciado; y lo propio milita, si se sacaron ó comprobaron despues de ella algunos documentos, en cuyo caso no debe la otra

parte pedir nulidad de lo actuado, ni aunque la pida, ha de deferirse á ella, pues de no haber asistido échese á sí mismo la culpa, porque el Juez ó Escribano que entiende en la probanza, no tiene obligacion de esperarle, ni con este motivo debe causar costas al litigante cuya prueba hace, como lo dice expresamente la ley 23 tit. 16 P. 3. Todo esto se ha practicado á mi instancia en el Consejo en pleyto en que recibido á prueba formé cierto artículo, para que se citase á un tercero al juicio, y habiendo pasado los 80 dias y mucho mas, hice se declarase no haber corrido el término desde la presentacion del pedimento, y que no sirviese la prueba que la parte contraria habia hecho, miéntras estuvo pendiente, porque no obstante saberlo la habia continuado el Receptor comisionado.

355 Si una de las partes pide con justa causa la suspension por ciertos dias del término probatorio que falta, y el Juez defiere á ella, se debe poner el siguiente auto: „Mediante los motivos que se exponen, se suspende el término probatorio por tantos dias, y pasados vuelva á correr sin nueva providencia.„ Este auto se debe notificar á ámbos litigantes, y finalizados los dias suspendidos continúa el término sin necesidad de mas decreto, pedimento, ni notificacion, ni de volverle á hacer saber, como algunos poco instruidos piensan.

§. IX.

De la publicacion de probanzas, y restitucion del término probatorio que compete á los menores y demas que gozan del mismo beneficio.

356 Pasado todo el término porque la causa ó negocio principal se recibió á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido, regularmente hablando, admitir testigos en primera instancia (*), á fin de evitar sobornos y perjurios (*a*), aun-

(*) El Señor Conde de la Cañada trata, si pasados los 80 dias de la ley y ántes de la publicacion de probanzas se podrá hacer prueba, y despues de haber ventilado juiciosamente esta qüestion exponiendo por la afirmativa y negativa muchas leyes, razones y doctrinas, nos da su decision en estos términos. »Considerados con profunda meditacion los fundamentos expuestos por las dos partes de este artículo, reducido á si pasado el término ordinario de los 80 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 bastante embara-

(*a*) Leyes 37 tit 16 P. 3 y 5 tit. 6 lib. 4 R. Matienz. in Dialog. Relator. cap. 16. n. 1. Paz tom. y part. 1 temp. 8. nn. 134 y 135.

que se pueden exâminar los que fuéron juramentados dentro de él, como se ha dicho en el n. 347: y así lo que se debe practicar, es pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hiciéron, en cuyo solo caso es substancial en el juicio segun nuestro derecho (*a*), pues si no la piden, no se vicia el proceso por su defecto, ni si no hiciéron probanzas, tiene sobre qué recaer. Y es de tener presente que en segunda ó tercera instancia no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mimos artículos ú otros directamente contrarios sobre los que se recibió el pleyto á prueba en la instancia anterior, sea en lo principal ó en tachas, pena de mil maravedís al Abogado que formase dichos interrogatorios, y de nulidad de la probanza (*b*).

357 Si las partes no hiciéron probanzas, y espiró el término señalado para hacerlas pueden concluir para difinitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, pues deben entregárseles sin hacer publicacion, ni si la una los pide, dar traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para el traslado, de suerte que éste y la publicacion son ociosos en dicho caso; y lo mismo procede, quando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo renunciando la publicacion, ó quando ámbas la renuncian (*c*). Pero no obstante que ámbas la hagan, y la de la una se concluya mucho ántes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espíre todo el término probatorio concedido, aunque la una lo pida, si la otra lo contradice (*d*); pero sí conformándose ámbas, segun se practica.

razosa 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 fé en abrir la mano á descubrir y calificar la verdad y la justicia por todos los medios que no traigan graves inconvenientes en dilatar los pleytos por malicia, y causar considerables perjuicios á las partes; y precabidos estos dos extremos con el juramenro 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." Instit. Pract. part. 1 cap. 8 nn. 34, &c. y 72.

(*a*) Ley 1 tit. 8 lib. 4 R. (*b*) Ley 4 tit. 9 lib. 4 R. ó 6 tit. 10 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 6 tit. 6 lib. 4 R. ó 3 tit. 15 lib. 11 N. R. (*d*) Ley últ. tit. 6 lib. 4 R. ó 1 a cit. N. R.

358 Mas qualquiera cosa que se haga, de la pretension de publicacion se ha de comunicar traslado á la otra parte, para que exponga si está ó no pasado el término, ó falta que exâminar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entónces, á cuyo fin en qualquiera instancia puede tomar y se le debe entregar la pieza corriente ó todos los autos excepto las probanzas, y si nada dice á la primera audiencia ó á los tres dias de notificado el traslado, ha de deferir el Juez á la publicacion y hacerse saber ésta á ámbos litigantes (*a*); de modo que segun nuestro derecho es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella y acusando la rebeldía, como se practica en el Consejo; pero en algunos juzgados inferiores de esta corte se da uno solo, y el Juez dice; *traslado y autos*; y pasado el tercer dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se excusa un pedimento. Este auto parece implicatorio en quanto el Juez da traslado y al mismo tiempo llama los autos; mas no lo es, porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria exponga, si ha espirado ó no el término, ó hay algun impedimento para deferir á la publicacion; y el llamarlos es para hacerla, si nada dice, y está pasado, por lo que se observará en esto el estilo del juzgado, pues en lo substancial nada se altera.

359 Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demas medios legales de que se han valido, y en vista de ello alèguen lo conducente á su defensa, si quieren.

360 Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el Juez originario del pleyto y no el delegado que en virtud de su comision las recibió, pues ántes bien tiene que remitirselas cerradas, segun se practica. Hecha y notificada á las partes se les han de entregar todos los autos con las probanzas por su órden, primero al actor que al reo, para que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el Juez, de que habla la ley. De este alegato se ha de comunicar traslado al reo, y del de éste á aquel que debe concluir para difinitiva, y si por no concluir se da traslado de lo que alegue, al contrario, lo debe hacer éste, porque

(*a*) Leyes 37 tit. 16 P. 3, 51 tit. 4 lib. 1 ó 2 tit. 15 lib. 11 N. R. y últ. cit.

la ley (*a*), manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleyto por concluso, aunque éstas no concluyan, así para sentencia interlocutoria ó recibirle á prueba como para difinitiva. Pero aunque siguiendo el órden del juicio, debe alegar primero el actor, como no hay ley que lo mande, si éste no quiere y tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, porque de lo que diga el actor, se le ha de conferir traslado, y entónces podrá rebatir sus fundamentos y el contenido de los instrumentos que haya presentado. El término legal para alegar es el de 6 dias á cada litigante (*b*); mas esto se entiende en pleytos ligeros, y quando no ocurre motivo para mayor dilacion, pues habiéndole se ha de conceder el que contemple el Juez necesario, y así se practíca pidiéndole las partes.

361 Lo dicho en los números precedentes procede, quando ámbas partes son mayores de 25 años, é idóneos y fidedignos los testigos de que se han valido; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleyto se recibe á prueba, y consta en los autos, ó goza del privilegio de menor edad, como son el fisco, iglesias, hospitales, concejos, universidades, colegios, cabildos, mayorazgos, patronatos, capellanías y demas obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, si no la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna excepcion nueva que alegue (*), le ha de conceder el Juez por via de restitucion una vez y no mas pidiéndolo, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal, ya se diese en presencia, y en rebeldia, sin dar traslado de la pretension ni oir sobre ella al mayor, aunque éste resista la concesion, denegando otra restitucion en el mismo auto de concesion (*c*).

362 Atendida la ley 3 cit. parece que el término que se conceda por via de restitucion no ha de ser la mitad del prorogado sino del primero concedido para probar; mas no obstante segun la práctica inconcusa del Consejo se concede la mitad de todo el término

(*a*) La 9 tit. 6 lib. 4 R. ó 1 tit. 15 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 1 tit 8 lib. 4 R. ó 1 tit. 12 lib. 11 N. R.

(*) Segun la ley 5 tit. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 13 lib. 11. N. R. pueden los menores y demas privilegiados pedir la restitucion en primera instancia para oponer excepciones nuevas, con tal que lo hagan ántes de la conclusion para difinitiva; pero este término, dice el Señor Conde de la Cañada (lug. cit. c. 9 nn. 74 y 75) debe entenderse limitado á los mismos 15 dias que se conceden á los referidos para hacer prueba valiéndose de dicho beneficio.

(*c*) Ley 3 tit. 8 lib. 4 R. ó 3 tit. 13 lib. 11 N. R.

ordinario, sea ó no prorogado, porque es uno mismo concedido en varias veces y no término nuevo, excepto que se haya recibido la causa á prueba por cierto término, v. gr. 20 dias, y éste haya espirado sin pedir próroga dentro de él, ó del prorogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dexar indefenso al privilegiado, y así se le ha de conceder no solo la mitad del primero concedido sino tambien el que tuviere por competente el Juez segun la naturaleza del negocio litigioso, como lo he visto practicar. Lo mismo se observa en los demas tribunales de la corte y debe observarse á su imitacion en los restantes del reyno.

363 Para esta concesion de término no necesita el privilegiado de justificar lesion como en los contratos (*), porque ninguna ley lo manda, y basta acreditar sumariamente (como debe hacerlo sino consta) que le compete el privilegio; pero contra el término ultramarino y extraordinario no hay restitucion, á ménos que no se hubiese concedido para la prueba principal, en cuyo caso pidiéndose despues se ha de conceder el preciso, aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este motivo, haciendo constar, y cumpliendo las tres cosas últimas de las quatro que para su concesion quedan referidas en el n. 337. Y dicho término no es nuevo sino ampliacion del ordinario que por privilegio compete al litigante, y así se ha de pedir, „que en virtud del privilegio y por via de restitucion se amplie á la mitad del concedido:„ á cuya conseqüencia, de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion ni mas que una sola en cada instancia, y lo que se observa es pedir los autos con ellas, luego que espira, para alegar de bien probado, y se mandan y deben entregar, teniéndose la prueba hecha en el término de la restitucion, no por nueva sino por aumento y suplemento de ella. Y aunque el menor lo sea al tiempo de demandar ó ser demandado, si al de recibirse el pleyto á prueba ha salido de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion, por haber cesado el motivo (**).

(*) Puede verse al Señor Conde de la Cañada que funda esto en sólidas razones. Cap. 9 cit. nn. 65 y 66.

(**) Si pasado el término ordinario de la prueba cumple el menor los 25 años, goza de dicho privilegio: si entra en la mayor edad pendiente el mismo término y quando le queda el suficiente para hacer su probanza, goza tambien de él: si muere en la menor edad y su heredero ó sucesor es mayor, gozará asimismo del beneficio; y en fin si el menor sucede al mayor de edad, ha de

364 Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda por restitucion la mitad del termino probatorio haya hecho ó no probanza. La primera es, que la pida, si está hecha publicacion de probanzas, dentro de los 15 dias inmediatos al en que se notifique el auto de publicacion, como lo dispone la dicha ley 3 tit. 8 lib. 4 R; que dice; „Porque la experiencia ha mostrado quanto daño se ha rescibido 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 la restitucion por alguna parte ó personas, ó universidad que tenga privilegio ó derecho para la pedir que agora haya hecho probanza ó no, se le conceda y otorgue, pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion.„ Pero ni esta ley ni otra alguna prohibe que se pretenda ántes de la publicacion, ni precisa á que se pida solamente despues de hecha ésta, y sí permite únicamente su concesion, pidiéndose dentro de dichos 15 dias, que es dar éstos mas al privilegiado, para que delibere en ellos, si le conviene ó no hacer, ó ampliar su prueba, de suerte que puede pretenderla luego que espiren los 80 dias, ó el término concedido; y concluido el de la restitucion pedir la publicacion, como si aquella no se hubiera solicitado. La segunda cosa precisa es, que alegue y quiera probar ó no excepciones nuevas, si pretendiere la restitucion hecha publicacion, deposite luego la pena que parezca al Juez atendida la calidad y circunstancias de la causa y personas, para pagarla en caso que no pruebe (*a*); bien que pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena (*). Y la terce-

distinguirse: si éste murió pendiente el término de prueba y en tiempo que podia hacer la suya, le competirá á aquel el privilegio, y si falleció despues de pasado el término ordinario porque el pleyto se recibió á prueba, procederá lo contrario. Así decide los casos referidos el Señor Conde de la Cañada lug. cit. nn. 79, &c. y 87, donde podrán verse los fundamentos en que se apoya.

(*a*) Leyes 5 y 6 tit. 5, y 3 tit. 8 lib. 4 R. ó 1, 2 y 3 tit. 13 lib. 11 N. R.

(*) Ni en los tribunales inferiores ni en los superiores se hace depositar cantidad alguna al que por via de restitucion pide término para hacer probanza, y la razon que ha podido mover á los Jueces á concederle sin aquel requisito, consiste en que por temor de la pena podrian contenerse los menores y aventurar su derecho por falta de prueba, rezelando que los testigos de que se valiesen, variasen en sus deposiciones. Señor Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 1 cap. 9 n. 72.

ra es, que si pidiere la restitucion en segunda instancia sobre excepciones nuevas que no se opusiéron en la primera, ó aunque se hubiesen opuesto, se repitiéron por no haberse deducido en el término y con la solemnidad debida; fuera de lo expuesto jure no pedir con malicia dicha restitucion, sino porque cree probar lo que alega y conviene á su defensa; mas el término para probarlas no ha de exceder de la mitad del concedido en la primera. Si se perdiere en tercera instancia ó en grado de suplicacion sobre las que no se pusiéron en las dos, ha de jurar asimismo que viniéron de nuevo á su noticia; pero así despues en la segunda como en la tercera no se ha de pretender la restitucion de los 15 dias expresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de pasar de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fué señalado para probar; y se puede imponer pena arbitraria al que la pretendiere, y mandarle que la deposite del mismo modo que en la primera instancia (*a*). El juramento de no pedir con malicia la restitucion se suele hacer tambien en dicha instancia sin embargo de que no lo manda la ley.

365 El termino de la restitucion es comun, y así puede gozar de él el no privilegiado probando ó ampliando su probanza sobre lo articulado y alegado (*b*). Asimismo una vez concedido á solicitud del privilegiado no puede arrepentirse ni renunciarle en perjuicio de su contrario sin que éste preste su consentimiento, sea la causa dividua ó individua, porque adquirió derecho á disfrutarle.

366 El no privilegiado no puede hecha publicacion alegar nueva excepcion en la misma instancia, para que el pleyto se reciba á prueba sobre ella por testigos sino tan solo probarla por confesion de la parte contraria ó por instrumento público (*c*): lo qual se limita en caso que la excepcion alegada nuevamente sea sobre la falsedad y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el qual nada articuló ni probó, pues entónces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario aun despues de la conclusion, y aun, tambien en segunda instancia sino la alegó, probó, ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, con tal que jure no alegarla maliciosamente; no debiendo admitirse para justificar dicha excepcion pruebas que no sean muy claras y concluyentes; pero despues de execu-

(*a*) Ley 5 tit. 9 lib. 4 R. 6 leyes 7 tit. 10 y 4 tit. 13 lib. 11 N.R. (*b*) Lo dispone así expresamente la ley final tit. 8 lib. 4 R. ó 3 tit. 13 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 5 al fin. tit. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 13 lib. 11 N. R.

toriado el pleyto no puede alegarla, si no la probó entónces, excepto que no se haya conocido de ella plenamente (*a*).

367 No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien quando salen á ella por sí como opositores, ó coadjuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los AA. por no especificarlo la ley, y así se pide pasados los 15 dias ó conclusa la causa, y será arbitrario en el Juez el concederla ó no segun los méritos del proceso y razones que se aleguen.

368 Ningun privilegiado goza del privilegio teniéndole ámbos litigantes en especie y acto, á ménos que el uno trate de conseguir lucro y el otro de evitar daño, en cuyo caso compete á éste como leso y gozará de la restitucion; por lo que de la pretension ó ampliacion de término que el uno introduzca, se debe dar traslado al otro, para que exponga, si se le debe conceder ó no, y con audiencia de ámbos deferir ó denegar la solicitud, como lo he visto practicar en el Consejo, aunque lo contrario se ha de decir siendo uno solo menor. Lo mismo procede, quando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario, habiéndola hecho el otro, pues entónces se le debe conceder para que no quede indefenso; sí bien en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él, exponiendo el motivo de su imposibilidad, y ha de deferirse á ella hasta que cese el impedimento que no depende de culpa suya, porque al impedido legitimamente no corre término ni prescripcion.

369 Si la cosa litigiosa es individua y pertenece á dos, uno mayor y otro menor, y ámbos litigan sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es, mas no siendo dividua. Sobre si compete ó no el beneficio de la restitucion al menor que es Letrado ó Jurisperito, hay dos opiniones contrarias; pero lo cierto es que la ley habla general é indistintamente, y quando no distingue, no debemos distinguir.

(*a*) Leyes 116 tit. 18, y 1 y 2 tit. 26 P. 3.

§. X.

De las tachas ó repulsas de los testigos, del tiempo y forma de ponerlas, y del término para probarlas, como tambien de las alegaciones en derecho.

370 Para probar su intencion los litigantes y enervar la de sus contrarios se valen muchas veces de testigos que son parientes, ó íntimos amigos suyos, ó enemigos de aquellos, y de otros que tienen prohibicion de testificar en juicio, los quales se mencionáron en los nn. 257 y sigs. En esta atencion queriendo las leyes evitar el perjuicio que pueden causar con sus deposiciones, proveyéron de remedio permitiendo que se les pongan las tachas y defectos que tengan, para que justificadas se desprecien sus dichos como sospechosos.

371 Los litigantes no pueden tachar al tiempo de hacer su prueba los testigos presentados de contrario, porque es artículo impertinente, á no ser por razon de enemistad y no otra: pero hecha publicacion en qualquiera de las instancias podrá cada uno poner tachas no solo á los referidos testigos sino tambien á sus dichos abonando los suyos (*a*) (*).

372 Para que se admitan las tachas ó repulsas de los testigos, deben concurrir de parte del que las opone, tres requisitos: El primero es, que en qualquiera instancia sin diferencia las proponga dentro de los seis dias siguientes al de la notificacion de la publicacion de pro-

(*a*) Leyes 22 y 37 tit. 16 *P.* 3, 6 al fin. tit. 33 P. 7 y 1 tit. 8 lib. 4 R. ó 1 tit. 12 lib. 11 N. R.

(*) Puede tacharse á los testigos así al tiempo de su pretension y juramento como echa la publicacion, aunque no se hubiesen tachado ántes, sobre cuyo punto podrá verse al Señor Conde de la Cañada, quien despues de haberle tratado magistralmente exponiendo las leyes patrias que hacen al propósito y sus razones concluye así: "La enunciada ley 1 tit 8 lib. 4 de la 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."

"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." Inst. Pract. p. 1 cap. 10 nn. 38, &c. 62.

banzas y no despues, porque no se concede mas término ni restitucion (*). El segundo es, que las especifique con toda claridad y distincion, como tambien las causas de que provienen: por exemplo, si pone al testigo la de excomunion, ha de expresar si ésta es mayor ó menor, quién le excomulgó, en qué tiempo y lugar, y por qué razon: si la de falsario, en qué tiempo y pleyto dixo falso testimonio: si la de perjuro, en qué caso, lugar, tiempo y por qué razon se perjuró: si la de homicida, á quien mató alevosamente, en qué tiempo y lugar; pues no se deben admitir tachas generales y no bien especificadas (*a*). Y el tercer requisito es, que para exîmirse de la pena de ofensor, proteste y jure no ponerlas de malicia, ni con ánimo de infamar al testigo sino únicamente por convenir á su defensa, pues de esta suerte no habiendo malicia, se libertará de la pena, aunque no justifique la tacha. De estos requisitos los dos primeros son indispensables por exîgirlos la ley.

373 Se pueden poner las tachas en interrogatorio ó pedimento, pues no hay ley que prefina en donde. Los seis dias para oponerlas han de ser, segun parece, para cada parte, porque de lo contrario sucediera que si quien toma primero los autos, los consume, por ser voluminosa su prueba ó la de ámbos, ó por otro motivo, no podrá el otro usar de su derecho, especialmente no habiendo presenciado el juramento de los testigos, ó no conociéndolos, ó ignorando hasta entónces la tacha, y será perjudicado; pero sin embargo no se observa lo dicho, porque de permitirse, si los litigantes eran muchos, se consumiria largo tiempo; y respecto á que en el término de prueba puede indagar la parte las que tengan los testigos de su contrario, y á que se le cita para ello, para conocerlos y verlos juramentar, impútese la culpa de su omision. Así pues, los seis dias son para todos indistinta-

(*) Aunque para alegar las tachas contra las personas ó dichos de los testigos señala la ley 1 citada el término perentorio de seis dias que empiezan á correr desde que el auto de publicacion se notifica á la parte ó á su procurador; el Señor Conde de la Cañada fundado en razon y autoridad dice que esto 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 modo de probarlos; pues de otro modo correria el término de los seis dias contra el ignorante ó impedido." Luc. cit. nn. 67, &c y 71.

(*a*) Leyes 19 tit. 10 lib. 2 ó 19 tit. 2 lib. 11 N. R. y 2 tit. 8 lib. 4 R. ó 2 tit. 12 lib. 11 N. R.

mente y no para cada uno solo, porque la ley no permite mas ampliacion, y nadie tiene facultad para dilatar el término que prescribe (*), mayormente en materia odiosa como ésta.

374 Siendo admisibles las tachas se ha de dar término arbitrario para su justificacion, con tal que no exceda de la mitad del probatorio concedido en la causa principal, sean ó no menores los litigantes, ó uno sí y otro no; porque es perentorio; y en ninguna instancia se ha de conceder restitucion para ponerlas, ni probarlas, ni recibirlas á prueba hasta que pasen los 15 dias despues de la publicacion en que se puede pedir la restitucion, caso que haya privilegiado á quien deba concederse; ni el Juez le puede ampliar, aunque sí abreviar, si le pareciere (a) de suerte que deben correr á un propio tiempo el de la restitucion, si le hubiere, y el de tachas, ó por mejor decir, ha de ser todo uno (**), dentro del qual no solo se han de presentar, sino tambien exâminar los testigos de ellas, y pasado no se deben recibir aunque estén juramentados; porque como las tachas son odiosas, para admitirlas y probarlas se exâmina y concede el término con gran conocimiento de causa, por lo qual se debe restringir. Pero si no litiga algun privilegiado que goce del beneficio de menor edad, no se ha de esperar á que pasen los 15 dias, é inmediatamente se han de recibir á prueba las tachas que se propongan. Del pedimento ó interrogatorio en que se especifican, se ha de dar traslado al colitigante (***)

(*) Lo contrario dice el autor en el n. 335.

(a) Ley 1 tit. 8 lib. 4 R. ó 1 tit. 12 lib. 11 N. R. cap. 22 de Re judicat.

(**) El Señor Conde de la Cañada propone la duda de si pasados los 15 dias despues de la publicacion en que los privilegiados pueden pedir la restitucion para hacer probanza, podrá el Juez recibir inmediatamente las tachas 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 hacerla le concede el Juez, no excediendo de la mitad del ordinario que permite la ley; y resuelve que debe hacerse dicha suspension, y esperar tambien á que se pida y haga publicacion de las probanzas que haya hecho el menor en uso de la restitucion: por manera que el auto de recibir las tachas á prueba es respectivo no solo á "las que se hayan puesto á los exâminados en el término de la restitucion sino tambien á las que estaban anteriormente indicadas; y se hallaban suspendidas por los 15 dias referidos." Véase á dicho autor lug. cit. nn. 73, &c. y 98.

(***) Lo contrario dice el Señor Conde de la Cañada fundado en que no 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. Lug. cit. n. 72

para que diga, si son ó no admisibles, y oponga á los testigos de su contrario las que tengan; y si dentro de los tres dias siguientes al de la notificacion del traslado nada responde, se le acusa una rebeldía, y siendo de admitir las admite el Juez recibiendo la causa á prueba de ellas, lo qual practica tambien, aunque lo contradiga; mas no siendo admisibles debe despreciarlas y declarar no haber lugar á su admision.

375 Para justificar las tachas por testigos se han de buscar los que sean idóneos y fidedignos que ninguna tengan; pues en el fuero secular no se admite prueba de tachas contra tachas; ni se hace publicacion particular de los exâminados por restitucion, ni tampoco hay ni debe haber mas que una en cada pleyto, como se ha expuesto, por lo que en el término de ésta se han de proponer y probar las que tengan así los exâminados en el ordinario como los que se exâminen en el de la misma restitucion, si las tienen, porque la ley no da mas ampliacion; y por lo mismo manda que aunque litigue alguno, á quien competa el beneficio de menor edad, no se reciba la causa á prueba de tachas, hasta que hayan espirado los 15 dias en que se puede pedir la restitucion (*a*) (*). En el fuero eclesiástico se pueden admitir tachas contra tachas, quiero decir, testigos que declaren las que tienen los que tacháron á los exâminados en la causa principal, que llaman reprobatorios de los reprobantes de estos, y no mas (*b*).

376 Tres son los géneros de tachas que se pueden oponer á los testigos: el primero contra sus personas, diciendo que son inhábiles para testificar absolutamente en toda causa, ó para haber testificado en aquella en que depusiéron: el segundo contra su exámen, v. gr. por defecto de jurisdiccion del que los exâminó, por haberse exâminado fuera del término competente, ó no en secreto, admitiendo á muchos á un propio tiempo, ó despues de hecha publicacion, ó por haber faltado la citacion de la parte contraria ó no sido juramentados, &c. Y el tercero contra sus dichos, como por haber depuesto cosas contrarias, obscuras, inciertas, vacilantes, no verosímiles, ni conducentes al hecho litigioso, ó totalmente falsas, ó singulares, ó fuera de lo articulado, ó sobre lo que no se les juramentó, ó por no haber dado la razon de su ciencia y dicho (*c*).

(*a*) Ley 3 cerca del fin tit. 8 lib. 4 R. ó 3 tit. 13 lib. 11 N. R.
(*) Téngase aquí por repetida la nota primera del n. anterior.
(*b*) Cap. 49 de Excepcion. contra testes proponendis. (*c*) Cap. 49 cit.

377 Aunque para poder tachar á los testigos contrarios no es menester protestar contra sus personas y dichos al tiempo que se jurementan, á fin de que no se les admita declarar, y basta hacerlo despues, como se estila; es útil no obstante, quando se reprueba al testigo por algun defecto en favor del mismo protestante, pues de omitir en este caso la protesta es visto aprobar á lo ménos su persona, y aun su dicho. Pero si el defecto es relativo solamente á su persona, v. gr. por estar excomulgado, no es precisa la protesta, ántes bien si se hace, debilita su asercion, y surte el efecto de que deponiendo algo á su favor, no le aproveche, por presumirse depuesto por temor, y porque con la protesta quiso que en nada se le diese crédito (*a*). Así es menester gran precaucion en las que se hacen en semejantes casos, pues pueden ser nocivas al protestante (*).

378 La parte que presentó testigos en algun juicio, no puede tachar sus personas en él, aunque no se hayan exâminado, ni tampoco en otro, si se presentan contra ella, porque es visto haberlas aprobado (*b*), excepto por enemistad ú otra causa legal nacida y sabida despues; pero contra sus dichos puede alegar y probar en el término expresado lo que le convenga, sea por razon de falsedad, contrariedad, error, equivocacion, ú otro motivo (*c*). Y para que sus deposiciones no le perjudiquen, conviene que en el pedimento con que presenta su interrogatorio, ó al tiempo de la presentacion de ellos proteste: *que no ha de ser visto aprobarlos ni estar á sus declaraciones mas que en lo favorable*; con cuya cautela no se le puede reconvenir de que aprobó lo que depusiéron contra ella.

379 En órden á si el Juez podrá repeler de oficio los dichos de los testigos inhábiles, es de advertir que en ellos pueden concurrir varias especies de inhabilidad: unos lo son para testificar absolutamente en qualquiera causa respecto de todas personas como los infantes, delinqüentes, pupilos, &c. porque la ley los reprueba: otros para testificar contra ó en favor de ciertas personas como los padres por los hijos, éstos por ellos, los parientes por otros parientes, sino que sea sobre edad, los domésticos, &c. otros contra personas determinadas como el enemigo capital contra su enemigo, excepto que lo sea de ámbas partes (*d*); y otros que no pueden testificar en ciertas

(*a*) Dich. cap. 49 al fin.
(*) Téngase presente lo dicho en la nota del n. 37.
(*b*) Ley 31 tit. 16 P. 3. (*c*) Dicha ley 31. (*d*) Véase la nota segunda del n. 257.

causas como el Clérigo en las de sangre.

380 Esto supuesto debo decir que si el testigo es inhábil por culpa, infamia, edad pupilar y otras cosas semejantes, puede el Juez repeler de oficio su dicho, porque la ley le prohibe testificar por el bien público, y así no tiene facultad la parte para habilitarle: pero si la inhabilidad no es legal sino respectiva á los litigantes, y éstos la pueden remitir, v. gr. por ser domésticos, parientes, amigos, enemigos, &c. no debe repelerlos sino á su instancia, porque con su silencio es visto que los aprueban y habilitan.

381 Pasado el término de la restitucion y prueba de tachas, si las hubo, han de alegar las partes de bien probada su intencion y la justicia que les asiste, segun resulte de sus probanzas, y si no las hiciéron, alegarán solamente de su derecho.

382 Si alguno de los litigantes no quiere tomar los autos, aunque segun las leyes 51 tit. 4 lib. 2 y final tit. 6 lib. 4 R. basta acusarle una rebeldía para haberlos por conclusos así para auto interlocutorio como para sentencia difinitiva, se estila no obstante en algunos juzgados acusarle dos. A la primera „la ha el Juez por acusada, y manda se le notifique que dentro de tercero dia responda al traslado que le está conferido:„ cuyo auto se le hace saber, y pasados los tres dias, sino los ha tomado, se la vuelve á acusar, insistiendo en que se hayan por conclusos legítimamente, y el Juez defiere á ello; bien que algunas veces suele mandar se le vuelva á notificar que dentro de segundo dia responda, y pasado sin haberlo hecho se declaran por conclusos, debiendo hacerse saber en estos casos la conclusion á ámbas partes, para que les conste; y lo mismo se practíca, quando son muchos los litigantes, pues á todos los que no quieren tomar los autos, se acusan las rebeldías en un mismo pedimento hablando con ellos sin ser necesario para cada uno el suyo separado. Pero tomándolos ámbos los puede el Juez haber por conclusos con dos escritos de cada uno así para sentencia interlocutoria ó recibirlos á prueba como para difinitiva, segun lo ordena la ley 9 tit. 6 lib. 4 citado, y se ha advertido en el núm. 233, y concederles el término que le parezca competente para alegar, pues los seis dias de la ley son para pleytos ligeros, excepto que haya nuevo motivo para volver á alegar, porque si se producen ó sacan nuevos instrumentos, como que se deben comunicar á la otra parte, podrán alegar ámbas con este motivo nuevamente, y así lo he visto practicar.

383 Aunque no es substancial en el juicio, ni se anula éste por

no alegar las partes de su derecho y justicia en vista de sus probanzas, por lo que pueden dexar de hacerlo y concluir; no obstante, está introducido por varios motivos que se les comuniquen y aleguen. El primero es, para que deliberen, si han de continuar el pleyto ó ceder. El segundo es, porque el alegato es una especie de defensa, en el qual, estando hecho como se debe, se epilogan, no solo todos los hechos resultantes de los autos y las reflexiones que hacen de ellos, sino que se impugna con solidez todo aquello en que el contrario apoya su intencion. El tercero es, porque una vez que las probanzas se ponen en los autos, son comunes á ámbos litigantes, y se les deben manifestar, si las piden, y de lo contrario pueden apelar, lo qual se halla dispuesto en las condiciones de millones súplica sexta en las del quinto género fol. 94 vuelto, donde se ordena que en los pleytos civiles y criminales se den las informaciones en derecho de unas partes á las otras, para que así se aclare mejor la verdad á ménos costa suya, y no experimenten daño los pobres, con tal que no haya mas de dos alegatos, principal y réplica, ni los Jueces los puedan recibir. Y el quarto es, para poner mas evidente al Juez la verdad, y que determine con mayor prontitud y conocimiento lo que estime arreglado segun los méritos de la causa; bien que el Juez no debe sentenciar por lo que se exponga en el alegato sino por lo resultante de autos, á cuyo fin los debe inspeccionar con toda prolixidad; y á la verdad en esta corte y en donde informan los Abogados verbalmente á los Jueces, es ociosa la alegacion de bien probado, y un gasto inútil de tiempo y dinero, porque aquella no se lee regularmente. Y de las alegaciones ó informaciones en derecho que se hacen para mera instruccion del Juez, no se debe conferir traslado, excepto que se pongan con los autos, como deben ponerse al fin de ellos, si se pide, segun lo manda dicha ley porque en este caso y no en el otro se hacen comunes y corresponden al proceso.

§. XI.

De la conclusion de los autos para difinitiva, y de si despues de conclusos podrán hacerse probanzas.

384 Concluir en los pleytos quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada mas quieren ni tienen que justificar en ellos. La conclusion es substancial en el juicio, pídanla ó no las partes (*a*), por lo que siendo dos solas las que litigan, y concluyendo la una, se ha el pleyto por concluso legítimamente, sin que se deba dar traslado de la conclusion á la otra, como se practíca en el fuero eclesiástico, sino tan solo hacérsele saber para que le conste que ya está concluso, no para otro efecto; y siendo mas de dos como en un concurso, es menester que concluya la mayor parte en número, en cuyo caso se han por conclusos conforme van concluyendo, y se va mandando hacer saber la conclusion, y correr el traslado ó traslados, hasta que se concluye por los mas y se les hace saber; bien que si por la presentacion de nuevos documentos de la una alegó la otra, y al mismo tiempo concluye ésta, se debe dar traslado de su alegacion á la que los produxo, aunque no sean mas que dos los litigantes, para que en vista de lo que responda á ella, vuelva á concluir; pero siendo muchos, sino toman los autos, se les acusan las rebeldías expresadas en el núm. 381. La conclusion, por ser cosa substancial del juicio, debe ir firmada de Letrado, y no ha de hacerla por sí solo el Procurador, porque podrá perjudicar á su parte,

385 Podrá el Juez á instancia de ámbas partes ó de una de ellas (y aun quando lo resistan) declarar la causa por conclusa, si pasados los términos que les prefine, no alegan de bien probado; como tambien si no habiendo probanza, una pide que se haya el pleyto por concluso, y porque la otra nada responde al traslado que se le comunica, le acusa la rebeldía á la primera audiencia (*b*). Pero si los litigantes son muchos, se ha de observar lo que se ha sentado en el número anterior.

386 Sin embargo de estar prohibido hacer probanzas con testi-

(*a*) Así se echa de ver en las leyes final tit. 6 y 1 tit. 7 lib. 4 R. ó 1 tit. 9 y 3 tit. 15 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 52 tit. 4 lib. 2 y 10 tit. 6 lib. 4 R. ó 2 y 3 tit. 15 lib. 11 N. R.

gos en primera instancia despues de la publicacion y conclusion, por evitar que las partes en vista de lo depuesto por los presentados corrompan otros que se perjuren, excepto sobre falsedad de instrumentos producidos en la prueba ó posteriormente, como se ha dicho en el núm. 366; no lo está el hacerla por instrumentos despues de la conclusion, y aun despues de visto el pleyto, siempre que no esté sentenciado; y de ellos se debe dar traslado al contrario para que los impugne y se cotejen, si se sacáron sin su citacion; y exponga lo que le convenga acerca de su contenido, pues de lo contrario quedaria indefenso y habria nulidad; mas para que se admitan y manden sacar, debe jurar la parte que hasta entónces no tuvo noticia de ellos, y que no los pide ni presenta con malicia, ni por diferir el pleyto sino solamente por conducir á su justicia, lo qual es corriente en la práctica y conforme á derecho (*a*), porque no hay riesgo de soborno, perjurio, ni otro fraude como con los testigos. Además, para probar la falsedad y suplantacion de los instrumentos expresados ha de conceder el Juez al que los redarguye de falsos, término competente, recibiéndole juramento de que no lo hace con malicia (*b*) sino por convenir á su defensa, ó jurándolo él, como queda expuesto en el pedimento en que solicita la prueba de su falsedad (*).

(*a*) Leyes 1 tit. 2, y 1, 2, 3 y 5 t. 5 lib. 4 R. ó 1 tit. 3, 1, 2 y 3 tit. 7 y 1 tit. 13 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 116 tit. 18 P. 3.

(*) "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 perjuicio de su estado.*»

»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. . . . . y como esta demostracion ha de resultar del conocimiento 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."

»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 éstas 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.»

»Por este medio se ataja la malicia de los que usan en aquel tiempo de escrituras frívolas con el fin de dilatar la sentencia, y 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

387 No solo puede hacerse la prueba por instrumentos despues de la conclusion sino tambien por confesion, ó posiciones de la parte contraria concernientes al pleyto, porque la confesion no es propiamente prueba sino relevacion de ella (*a*). Igualmente puede hacerse por juramento supletorio á instancia de la parte en los casos en que ha lugar, y quedan expresados en el núm. 92, y asimismo por vista ocular en los pleytos sobre que puede recaer y se han referido en el número 326.

388 Tambien puede recibir el Juez de oficio qualquiera prueba despues de la conclusion para investigar la verdad, y sentenciar con mas justificacion y conocimiento, porque para él nunca concluye el pleyto (*b*): como asimismo á instancia de parte ó de oficio exâminar segunda vez el testigo que no fué interrogado sobre todas las preguntas del interrogatorio concernientes al pleyto, si fué presentado para todas; y en caso de haber depuesto confusamente, hacer que declare su dicho (*c*), *mandando que para mejor proveer se haga esto, ó lo otro*, de cuyo auto no se puede apelar; bien que si no quiere hacerlo, no está obligado á ello, sin embargo de que algunos dicen que sí, y que no lo haciendo tiene lugar la apelacion.

falsedad, comprobaciones, y otras diligencias que dilatarian por mucho tiempo el fin de aquella causa.»

»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»....

»Si el Juez por el contexto de la escritura concibiese al tiempo de su presentacion que con ella prueba la parte su justicia, siendo cierta, legitima 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.» Sr. Conde de la Cañada Instit. Pract. part. 1 cap. 11 nn. 48, 50, 51, 52, 53 y 56.

(*a*) Ley 2 tit. 12 P. 3. (*b*) Dicha ley 2 tit. 12 y cap. 10 de fide instrum. (*c*) Ley 30 tit. 16 P. 3 y cap. 48 de Testib.

§. XII.

De la recusacion de los Juecès superiores é inferiores, y subalternos de los tribunales: de las causas por qué puede hacerse, y del modo de hacerla.

389 La recusacion segun mi propósito *es un remedio legal de que se vale un litigante contra un Juez ú otro ministro que tiene por sospechoso, para que no conozca ó no entienda en la causa.* En qualquiera estado del pleyto se puede recusar al Juez y al Escribano ó Escribanos de él, como no se haya publicado la sentencia (*); y quanto haga el legítimamente recusado contra la recusacion es ipso nulo.

390 Muchas son las causas porque se puede conceptuar al Juez sospechoso, y ser de consiguiente recusado: la 1.ª es por tener grande familiaridad con la otra parte, pues no basta que sea alguna: la 2.ª por ser consanguíneo ó afin de ella, aunque no, si lo es igualmente de ámbas: la 3.ª quando es Teniente del Juez ordinario y se tiene á éste por sospechoso con justa causa, aun quando contra aquel no la haya; y lo mismo procede, quando el señor lo es, pues se puede tener por sospechosa á toda su familia: la 4.ª quando es enemigo capital del recusante, ó lo fué en otro tiempo, aunque esté reconciliado: la 5.ª quando es pariente del pariente de su enemigo, ó conmensal suyo, ó de éste, ó su paysano, ú oriundo de su pais, y hallándose en tierra extraña se tratan como hermanos; bien que la amistad que solo proviene del paysanage, no es causa suficiente para la recusacion: la 6.ª

(*) La razon de esto que dan varios AA. consiste en que para dicha recusacion no es necesario expresar causa, y basta el juramento de no hacerla con ánimo de calumniar ni de alargar el pleyto que puede prestarse en qualquiera estado del juicio sin alargarle, pero no obstante el Señor Conde de la Cañada dice que solo admitiria la recusacion del Juez que la parte habia aprobado con su demanda ó contestacion, si se extendiese dicho juramento á decir que el motivo de sospecha habia nacido ó llegado nuevamente á su noticia, con lo qual removeria la grave presuncion de que recusaba sin justa causa, como se hace las mas veces. Y mas abaxo añade el citado autor que la expresada recusacion está puesta aun desde los principios á la malicia de los litigantes, mayormente »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.... 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.» Véase al referido autor part. 3 cap. fin. nn. 52, &c. y 58.

quando es súbdito de la otra parte por razon de la jurisdiccion, ú otro motivo, v. gr. vasallo ó sufragáneo, pues por temor puede hacer una injusticia: la 7.ª quando fué Abogado de ella en aquella causa, mas no, si lo fué en otra del todo diversa: la 8.ª quando favorece demasiado á la otra parte y grava al recusante: la 9.ª si tiene otro pleyto igual al que pende ante él, pues se presume juzgará en éste del modo que quiere se juzgue en el suyo; la 10.ª si el recusante tiene algun pleyto con el Juez como persona privada; la 11.ª quando el Prelado quiere ser Juez en pleyto de su iglesia, porque se presume le tendrá excesiva aficion: la 12.ª quando fué consultor en la causa; aunque no fuese Abogado, y reveló su voto, mas no, sino lo hizo: la 13.ª si fué electo por consultor á pedimento solo de la otra parte, ó testigo en la causa, y luego pasa á ser Juez en ella: la 14.ª si es Canónigo de la misma iglesia de la que lo es una de las partes, pero no, siéndolo ámbas: la 15.ª si la parte contraria impetró á su señor por Juez suyo en la causa, ó el mismo Juez procuró serlo, ó es sócio suyo, ó ámbos viven juntos: la 16.ª quando el recusante tiene apelado de sentencia del propio Juez, pues pendiente la apelacion se hace sospechoso para otra sentencia: la 17.ª si recibió don ó premio de la otra parte, pues se presume corrompido, y para probarlo bastan tres testigos singulares fidedignos, aunque cada uno deponga de hecho y regalo distinto dado al Juez, si con sus dichos concurren otras presunciones y circunstancias, como lo ordena la ley 6 tit. 9, lib. 3 Rec.: la 18.ª quando por algun motivo puede redundar la causa en daño ó provecho del Juez, v. gr. por estar obligado á eviccion, ser fiador de la otra parte, &c.: la 19.ª quando es impérito y la causa árdua, excesivamente severo y cruel, ó indiscreto, y la 20.ª si es compadre de la otra parte, ó no quiere oir al recusante, aunque el pleyto sea claro. Por estas causas y por otra qualquiera que baste para remover al árbitro y Procurador, puede ser recusado el Juez.

391 Si el Juez letrado es ordinario ó delegado secular, no es menester expresar la causa de la recusacion, pues basta jurar que no se le recusa con malicia ni por calumniarle, sino tan solo porque se le conceptúa sospechoso, y pedir con modestia se haya por recusado y se acompañe conforme á derecho, mediante á que no se le puede recusar en todo (*). La recusacion se ha de hacer por escrito, no verbal-

(*) El Señor Conde de la Cañada es de sentir que seria mejor obligar al recusante á que expresase la causa de su recusacion, como está prevenido por

mente, y si falta el juramento expresado, no se admite, aunque no se pida ésta al recusante (*a*), sin embargo de que una ley de Partida (*b*) solo le precisa á hacerle, quando la parte contraria le pide. Lo mismo creo se debe practicar con el Asesor necesario del Juez lego, qual es el Alcalde mayor, donde el Corregidor es de capa y espada, con el Auditor de guerra, el Asesor de alguna capitanía general ó comandancia; y otros semejantes que son Letrados y tienen jurisdiccion, á los quales no se quita el conocimiento como á los Asesores voluntarios, de que se trata en los nn. 398 y 399, y así deben acompañarse como los Jueces ordinarios (*).

392 La persona con quien debe acompañarse el Juez en las causas civiles, ha de ser un hombre bueno, y en las criminales uno de los Jueces del pueblo: no habiéndole; han de nombrar los regidores á dos de éstos por acompañados, y si no se convinieren, ó no los hubiese, ha de elegir el Juez quatro hombres buenos de los mas ricos de él, los quales deberán echar suertes sobre quáles de ellos han de ser

derecho canónico, y tambien por nuestras leyes respecto á los Ministros de los consejos y audiencias: ya, entre otras razones, porque quien recusa al Juez, duda de su integridad y le hace injuria: ya porque como de las causas para recusar, unas son inocentes respecto á los Jueces y otras no, el que recusa sin expresar ninguna, dexa al arbitrio del público que impute al Juez recusado la mas ofensiva; y ya porque bastando el juramento del recusante abusará fácilmente de él por la seguridad de que no puede descubrirse ó acreditarse su malicia. Puede verse á dicho autor lug. cit. nn. 1, &c y 17.

(*a*) Ley 1 tit. 16 lib. 4 R. ó 1 tit. 2 lib. 11 N. R. (*b*) La 22 cit. verb. Por ende.

(*) »El acompañado que nombre el Juez ordinario no puede serenar los rezelos de la parte que le recusó; porque si éste fué sospechoso al tiempo de la recusacion, quedará con ella mas irritado y contrario, como lo acredita la experiencia...»

»Quando el acompañado no se adhiera al dictámen del Juez principal que sucede las mas veces, quedarán en discordia, y producirá mayores daños á las partes; y ésta 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.»

»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 rezelo permaneciendo el Juez en el conocimiento de la causa con solo un acompañado que nombre él mismo?

»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.» Dich. autor lug. cit. nn. 26, &c. y 29.

acompañados, y jurar los dos á quienes toque, que usarán legal y fielmente su oficio, determinarán rectamente el pleyto, y guardarán secreto en lo que fuese necesario (*a*); y no siendo Letrados han de buscar un Asesor que lo sea. El recusante debe pagar sus derechos al acompañado, y se le puede compeler á ello por embargo y venta de bienes, porque da motivo á que se causen.

393 Siendo recusados los Alcaldes de Corte que tienen provincia y como Jueces ordinarios conocen de lo civil en primera instancia con los Escribanos de provincia, se pueden acompañar con otro Alcalde, ó con persona de ciencia y conciencia (*b*); porque en dicho caso no se distinguen de aquellos para este efecto, como quando juntos en sala entienden en algun negocio. Lo mismo practíca hoy regularmente qualquier Juez ordinario letrado, si hay otro en el pueblo, por evitar los rodeos de la ley, observando en quanto al número de recusados lo dispuesto para con los Asesores de los Jueces legos, de que se habla en el n. 399, pues por hombre bueno se entiende segun derecho (*c*) el Juez ordinario.

394 No conformándose en las causas civiles el Juez ordinario secular recusado y su acompañado, ha de ir la causa al superior, si se apela de la sentencia de alguno: pues si no se apela, es válida la propicia al reo, excepto en los pleytos de matrimonio, dote, libertad, testamento, alimentos, causas pias y otros, en los quales vale la que se pronuncia á favor de lo expresado, aunque lo sea tambien á favor del actor; y ántes de pronunciarla pueden nombrar tercero, y lo que los dos resuelvan, será sentencia, porque aquel se reputa Juez ordinario (*d*).

395 Por si el recusado fuere delegado y no se conformare con el acompañado, ha de ir la causa al superior, porque sus sentencias no lo son, y como delegados ámbos no pueden nombrar tercero, para que la de uno de ellos lo sea (*e*). Estos han de pronunciar juntos la sentencia, aunque el ordinario y su acompañado la pueden dar juntos ó cada uno de por sí separadamente, por no prohibírselo el derecho.

396 Si en las causas criminales, y en las de libertad y servidumbre el Juez ordinario y acompañados discordaren, valdrá la sentencia pronunciada por la mayor parte, y dando cada uno la suya será válida

(*a*) La 22 tit. 4 P. 3. y 1 y 2 tit. 16 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 2 lib. 11 N. R. (*b*) Aut. 5 tit. 10 lib. 2 R. ó ley 21 tit. 2 lib. 11 N. R. (*c*) Ley 31 tit. 34 P. 7. (*d*) Leyes 17 y 18 tit. 22 P. 3. (*e*) Dicha ley 17.

la favorable al reo; pero si el recusado delegado y acompañados no se conformaren, ha de ir la causa al superior, porque el parecer de éstos es uno, y no prevalece contra el del Juez, á ménos que uno de ellos se conforme con el de éste, pues entónces como de mayor parte será sentencia (*a*).

397 Debe asistir el Juez acompañado con el recusado en su audiencia á dar la sentencia y providencias que ocurran, no teniendo impedimento legítimo; y si no el Juez, respecto de conferírsele jurisdiccion debe jurar tambien que usará bien y fielmente su encargo, y administrará justicia á las partes, pues siéndolo no necesita hacer el juramento, por haberle hecho quando entró á serlo, ni se estila, aunque la ley 1 tit. 16 lib. 4 R. manda indistintamente á todos los acompañados que le hagan (*b*); pero no puede ser recusado sin probarse causa, porque no se le contempla sospechoso sino ántes bien imparcial.

398 El que impetró al Juez para que conociese de su negocio, acudiendo á este fin al Soberano ó á su tribunal supremo, ó puso voluntariamente la demanda ante un Juez, no puede recusarle despues sino por nueva causa de enemistad ú otra superveniente, aunque sea en la de reconvencion puesta por el reo; porque por el mismo hecho de suplicar que se le nombrase, ó de acudir ante él para que le administrase justicia, es visto haberle aprobado y no tenido por sospechoso.

399 Si el Juez ordinario es lego, debe nombrar á su arbitrio por Asesor un Letrado aprobado para pronunciar la sentencia difinitiva ó acto interlocutorio que tenga fuerza de difinitivo, y mandar se haga saber el nombramiento á los litigantes, á fin de que si tienen por sospechoso al nombrado, le propongan otro ú otros, de quienes no tengan sospecha (pues no les debe ocultar quién es, aunque algunos sienten lo contrario), como se echa de ver de la ley 2 tit. 21 P. 3 que dice: „E por ende los juzgadores ante que den su juicio, deven tomar consejo con tales omes en esta manera, diciendo primeramente á las partes: facemos vos saber que queremos aver consejo sobre vuestro pleyto. Onde si vos habedes por sospechosos algunos omes sabidores desta villa, ó desta Corte, dadnoslos por escrito: é despues que gelos ovieren dado escritos, deve tomar el juzgador que ha de juzgar el pleyto, uno ó dos de los otros que sean sin sospecha, é mandar á ámbas las partes que vengan antellos, é recuenten todo el pleyto de

(*a*) Ley 18 tit. 32 P. 3. (*b*) Leyes 22 tit. 4 P. 3, y 1 y 2 tit. 16 lib. 4 R. ó 1 y 2 tit. 2 lib. 11 N. R.

como passó, é muestren, é razonen ante aquellos consejeros aquellas razones que mas entendieren que les ayudarán.,, Así pues, se les hace saber el nombramiento de Asesor, para que á la primera audiencia le recusen, si quieren, como lo pueden hacer, sin necesidad de justificar ni expresar causa; bien que hasta pasada la audiencia del dia siguiente no se le debe llevar los autos; y una vez recusado no debe entender en el negocio, porque no adquiere jurisdiccion como el acompañado para conocer de él, por ser mero consultor, en cuya atencion tampoco necesita jurar como aquel, pues la ley no lo exîge, y así se observa. Pero despues de consentido tácita ó expresamente el nombramiento por las partes y aceptado por el Asesor, no se le debe recusar en aquel pleyto ni tenérsele por recusado sin justificacion sumaria de causa superveniente ó ignorada hasta entónces, al modo que para con los árbitros y arbitradores ó compromisarios se dirá en el núm. 404. Si el pleyto consiste en denuncias ó penas de ordenanza, no necesita el Juez lego asesorarse, ni tampoco para substanciarle, pues basta el Escribano que debe saber los trámites de su substanciacion.

400 Con motivo de hacer recusaciones generales de los Asesores voluntarios algunos litigantes cabilosos, y conformarse solamente con el Letrado que nombrasen el Señor Presidente ó Gobernador del Consejo, ó los Presidentes ó Regentes de las Chancillerías y Audiencias, en cuyo distrito se seguia el pleyto; procurando con estas ilegales, vagas y maliciosas recusaciones vejar ó molestar á sus contrarios, dilatar la decision y conseguir otros fines perniciosos; para evitar los gravísimos daños que con ellas se les causaban, proveyó el Consejo á representacion fiscal el auto que dice así: ,,En la villa de Madrid á trece de Mayo de mil setecientos sesenta y seis los Señores del Consejo de S. M. dixéron: que para evitar los graves perjuicios que se experimentan por la facilidad y abuso de admitirse en los juzgados ordinarios de estos reynos recusaciones vagas de Abogados asesores, dilatando por este medio malicioso la breve expedicion de las causas, sus defensas y determinaciones en los dominios y provincias de los litigantes, tan recomendadas por todo derecho: debian de mandar y mandáron que los Jueces ordinarios no admitan recusaciones vagas de Asesores, aunque sea con el pretexto de consentir en el que nombrase el Señor Presidente del Consejo, los Presidentes, Regentes ó Decanos de las Chancillerías y Audiencias, ó de otros qualesquiera Superiores: que solo se permita á cada parte la recusacion de tres Abogados asesores para la determinacion ó artículos de cada causa, quedando los

demas de la residencia del juzgado y su provincia hábiles, para que el Juez pueda nombrar de ellos y no de otros al que tuviese por mas conveniente, sin permitir sobre ello instancia, contextacion, ni embarazo que difiera su conclusion en perjuicio de los litigantes y buena administracion de Justicia,, (*a*). La recusacion de los tres no se entiende disyuntivamente, como quieren entenderla algunos litigantes de mala fé, para cada auto ó artículo sino copulativamente para todos los artículos, autos y sentencia que se provean en cada juicio ó pleyto, de suerte que si hacen la recusacion solamente para los artículos, puede ser de tres: si no mas que para la sentencia, de tres tambien: si recusan á tres para algun artículo, á ninguno mas pueden recusar ya en aquella causa; y si recusan para cada artículo el suyo hasta el número de tres, quedan hábiles todos los restantes para la sentencia y demas providencias, artículos y recursos que ocurran en el pleyto ó juicio, sea posesorio ó petitorio; pues en cada uno, haya ó no artículos, no se debe recusar mas que á tres de los de la provincia, ni admitir la recusacion de otros, porque de lo contrario podria no quedar Abogado en ella con quien pudiese asesorarse el Juez: vendriamos á incidir indirectamente en el escollo que fué á precaver y evitar el auto inserto, y seria ilusorio, por lo que á excepcion de los tres todos los demas de ella quedan hábiles para que elija el que quisiere, lo qual he visto declarado varias veces, y así se entiende por los tribunales del reyno. Y si el Asesor tiene firmada y entregada al Juez la sentencia, no puede ser recusado (*b*).

401 El nombramiento de Asesor se debe hacer saber á las partes, como queda expuesto, las quales han de pagar los derechos de asesoría, ya le haga el Juez de oficio, ya á instancia de ámbas; pero si lo es á solicitud de una sola, ó aunque ésta no lo pretenda, si la providencia que se debe dar, es á su pedimento, los debe satisfacer: lo qual se entiende no estando el Juez asalariado, ó no siendo Teniente suyo ó Letrado, aunque lo esté, pues entónces los ha de llevar con arreglo al Real arancel sin excederse, pena de perdimiento del oficio y de pagar el exceso con el quatro tanto (*c*).

402 Para recusar al Juez eclesiástico ordinario ó delegado se ha de expresar ante él la causa, sea de amistad, enemistad, parentesco,

(*a*) Para la observancia de este auto se expidió Real cédula á 27 del mismo mes de mayo. Es la ley 27 tit. 2 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 6 tit. 10 lib. 2 R. ó 9 tit. 2. lib. 11. N. R. (*c*) Ley 9 tit. 5 lib. 3 R. ó 3 tit. 35 lib. 11 N. R.

interes ú otra; y la recusacion es la primera excepcion dilatoria de que se debe usar ántes de la contestacion, protestando poner las demas en su tiempo y lugar; pero si despues de ésta vino á noticia del recusante la causa, ó es notoria, puede recusarle en qualquier tiempo y estado del pleyto, jurándolo así. Si le compete el beneficio de la restitucion, le puede recusar despues de la conclusion, aunque la causa sea anterior á ésta, y se debe admitir (*a*).

403 Siendo Delegado del Papa, Obispo ó de otro Juez ordinario eclesiástico el recusado, ha de compeler á los litigantes á que elijan por Letrados, árbitros que conozcan de la causa de recusacion y la decidan, señalando á éstos término competente para ello y compeliéndolos á que nombren tercero en discordia. Los árbitros han de asignar plazo á los litigantes para probar dicha causa, y si dentro del prefinido por el recusado no la determinaren, puede proceder éste en el negocio principal no obstante la recusacion (*b*).

404 Declarando los referidos árbitros ser legítima la causa de la recusacion, si el Juez recusado fuere Delegado del Papa, se le ha de remitir el negocio para su conocimiento y no á otro, aunque lo consienta el recusante (*c*); y si fuere Obispo ú otro ordinario, puede remitirle al Superior ó á otro consintiéndolo el recusante; como asimismo á otro no sospechoso ántes de la eleccion de los árbitros, ó de que se pruebe la causa, sin embargo de que estén electos (*d*). Si fuere Subdelegado del Papa, se ha de exâminar, probar y determinar la causa ante el Delegado y no ante árbitros (*e*); y si fuere Vicario general ó Delegado del Obispo, ante éste (*f*). Y el recusado no puede subdelegar despues de probada la causa de la recusacion, porque esto es acto de jurisdiccion, y carece de facultad para exercerle (*g*).

405 Los Jueces árbitros ó compromisarios electos por las partes para decidir sus controversias, pueden ser recusados por enemistad suscitada despues de su eleccion ó sabida entónces, ó por soborno. Esta recusacion se puede hacer requiriéndoles el recusante á presencia de hombres buenos que no se entrometan á conocer del negocio, pues los tiene por sospechosos por tal causa, mencionándola; y si no obstante este requerimiento continuasen, debe acudir al Juez ordinario de ellos recusándolos, expresando la causa de la recusacion, ofrecien-

(*a*) Cap. 25 de Offic. delegat. 4 de Except. 61 de Appellat. 5 y 14 de Offic. delegat. in 6. (*b*) Cap. 61 cit. 4. de Foro competent. y 5 de Offic. deleg. in 6. (*c*) Cap. 5 cit. (*d*) Dicho cap. 61 de Apellat. y cap. 5. (*e*) Cap. 27 § 3 de Offic. delegat. (*f*) Cap. 4 de Offic. deleg. in 6. (*g*) Cap. 5. cit.

do probarla incontinente, y pretendiendo que constando de ella les prohiba entender, y proseguir en el negocio. El ordinario debe mandar al recusante que la justifique, y justificada ha de prohibirles la continuacion, y si fueren tan tenaces que sin embargo prosiguieren en el negocio, no valdrá lo que practiquen, ni está obligado el recusante á pasar por ello, ni por no obedecerlo incurre en pena (*a*). Si los árbitros no recusados discordaren en la decision, han de elegir tercero teniendo facultad para nombrarle, y careciendo de ésta ha de apremiar el Juez ordinario á los litigantes á que le elijan, y se debe executar lo que resuelva la mayor parte (*b*).

406 En ninguna causa civil ni criminal puede ser recusado el Juez mero executor, porque nada hace de su autoridad; pero el *executor mixto* que tiene facultad para admitir excepciones y determinarlas, y que por consiguiente puede causar perjuicio á los litigantes con sus procedimientos, puede serlo en los términos que el ordinario, y así se observa.

407 Puede ser recusado el Juez de residencia así como el Delegado; pero no se debe acompañar con los Regidores, porque son reos igualmente que el residenciado, ni tampoco con otros del pueblo, pues aunque no sean reos, nunca dexa de haber entre ellos cierto espíritu de parcialidad y coligacion por la dependencia y connotado de parentesco, en cuya atencion se ha de acompañar con Letrado de otro pueblo que no sea sospechoso (*).

408 Para la recusacion de alguno de los Señores Ministros de los Reales Consejos, Alcaldes de Corte, Oidores, y Alcaldes de las Chancillerías y Audiencias quando juntos en sus Salas conocen como tribunal superior de algunos negocios en vista y revista, ó en grado de segunda suplicacion, y no cada uno de por sí como Juez ordinario ó comisionado, se han de observar seis requisitos: el primero, que el pedimento en que se pretenda, vaya firmado no solo de la parte ó de su Procurador con poder bastante sino tambien de Letrado, pues

(*a*) Ley 31 tit. 4. P. 3. (*b*) Leyes 26 y 27 tit. 4. P. 3.

* »Que se execute el juicio de residencia como perjudicial por el gran peligro que hay de corrupcion en los Jueces de ellas, y porque éstos son muy gravosos á los pueblos y á los mismos residenciados sin utilidad alguna, segun lo ha acreditado la experiencia, por lo qual el mi Consejo se movió á suspenderlas dexando expedito el medio de los informes y el de la queja, acusacion formal, ó capitulacion ante el tribunal correspondiente.» Cap. 1 de la Real cédula de 7 de noviembre de 1799 inserta en el § final cap. 25 P. I. Vease la nota 15 tit. 12 lib. 7. N. R.

de otra suerte no se debe admitir: el segundo, que contenga juramento de no recusarlos con malicia sino por conceptuarlos sospechosos por tal causa: el tercero, que se presente en el acuerdo y no en la sala, dándose al Señor Presidente y no al Escribano de Cámara: el quarto, que sean honestas, moderadas y no ofensivas al recusado las palabras con que se le recuse: el quinto, que se especifique con claridad la causa legítima que impele á la recusacion: v. gr. si es por parentesco de consanguinidad ó afinidad, en qué grado, (contando por derecho civil como acto civil y profano) y por qué línea: si es por amistad ó enemistad, de qué causa proviene, y desde quándo, &c. pues no especificándose con esta individualidad no se admitirán, por estár prohibida la admision de causas no especificadas (*a*) siendo de notar que la recusacion por parentesco á los Señores del Consejo y Alcaldes de Corte, si es de consanguinidad, no se debe admitir fuera del quinto grado y quinto con sexto inclusive, y si es de afinidad, fuera del quarto grado y quarto con quinto tambien inclusive (*b*); y el sexto requisito es que en vista (y lo mismo se practica en revista) la ponga el recusante dentro de 30 dias contados desde el en que se principiare á ver el pleyto y no de su conclusion, ó ántes de los 15 próxímos é inmediatos al que se hubiere señalado para votarle; pues de otro modo no se le admitirá, excepto por causas originadas dentro de ellos ó despues, ó no sabidas ántes, jurando que hasta entónces no llegáron á su noticia. Si el pleyto no se vota en el dia señalado, no se pueden recusar sino por causas nacidas despues; y votándose el dia prefinido y remitiéndose por discordia á otros Jueces, éstos no pueden ser recusados sino por causas suscitadas despues de la remision (*c*); y en todos los casos expresados lo ha de jurar así el recusante.

409 Se pueden probar las causas de la recusacion de estos Señores Ministros por qualquier medio legal, y como uno de ellos, por posiciones del recusado, las quales debe poner el recusante en el pedimento de recusacion, si hubieran venido á su noticia despues de la conclusion, jurándolo así y depositando la pena correspondiente. El recusado debe responder á ellas no siendo criminosas (*d*), y para probarlas por testigos ú otro medio es arbitrario el término; mas no puede exceder de puertos acá de 40 dias y de puertos allá de 60, ni sobre

(*a*) Leyes 1, 2 (ó 5 tit. 24 lib. 5. N. R.) y 19 tit. 20 lib. 2 R. ó 19 tit. 2 lib. 2 N. R. (*b*) Auto 9 tit. 10 dich. lib. 2 ó nota 4 tit. 2 lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 12 y 19 ley y auto finales tit 10 lib. 2 R. ó 15 19 y 26 tit. 2 lib. 11 N. R. (*d*) Leyes 4 y 7 tit. 10 lib. 2 R. ó 6 y 10 tit. 2 lib. 11. N. R.

cada pregunta han de admitirse ni presentarse mas de seis testigos; ni tampoco despues de firmada la sentencia, aunque no esté publicada ó notificada, se debe admitir recusacion (*a*).

410 Es perentorio y corre no solo contra los mayores de 25 años sino tambien contra los menores y demas privilegiados, á quienes compete el beneficio de la restitucion, el término de recusar á los Señores expresados y probar las causas (*b*). Y aunque algun tercero opositor salga á la causa coadyuvando al principal, no puede recusar sino en los casos en que éste, por lo que la ha de tomar en el estado en que la halle (*c*).

411 El que recusa y no prueba causa legítima, si es al Señor Presidente del Consejo, incurre en la pena de 120ᴅ maravedís, si á otro qualquier Ministro de él, en la de 60ᴅ, y si á Alcalde de Corte ó de Audiencia, en la de 30ᴅ; y no dándose la causa por bastante, en la de 6ᴅ (*d*); pero si es pobre, cumple con obligarse á su satisfaccion quando tuviere bienes (*e*). En estas recusaciones es menester gran cuidado, pues aun quando el recusante se aparte de la que haga, incurre en la mitad de la pena (*f*), así como el que se aparta pasados tres meses de la segunda suplicacion en los casos de la ley de Segovia, debe pagar las 1ᴅ500 doblas, y no haciéndolo dentro de ellos (*g*), lo qual he visto practicar tambien en un recurso de injusticia notoria, gobernándose el Consejo por la misma regla, sin embargo de no haber ley que trate de ello. Si el Fiscal Real es el recusante, cumple el Receptor de penas de Cámara con constituirse depositario de la mitad de ella, porque la otra mitad toca al fisco (*h*).

412 El Relator puede ser recusado, sin que haya necesidad de expresar la causa por qué se le recusa; pero no se le han de quitar el conocimiento é intervencion en el pleyto ni sus derechos, pues los Jueces ante quienes penda, le han de dar acompañado, al qual debe satisfacer enteramente el recusante los que importare el trabajo de hacer el apuntamiento y asistir á la vista del pleyto, aunque nada haya trabajado en él (*i*). El pedimento de recusacion ha de contener el ju-

(*a*) Ley 6 tit. y lib. dichos ó 9 tit. y lib. cit. N. R. (*b*) Ley 16 del mismo tit. y lib. ó 10 tit. y lib. cit. N. R. (*c*) Ley 15 del prop. tit. y lib. ó 17 tit. cit. N. R. (*d*) Ley 17 tit. dicho ó 7 tit. cit. N. R. y cédula expedida en Madrid á 29 de marzo de 1563. (*e*) Ley 5 tit. y lib. cit. ó 8 tit. cit. N. R. (*f*) Ley 19 cap. fin. tit. 10 dicho lib. ó 19 tit. cit. N. R. (*g*) Ley 4 tit. 10 lib. 4. R. ó 2 cit. N. R. (*h*) Quien quiera tener mayor instruccion acerca de esta materia de recusaciones de Ministros Togados, vea el tit. 10 lib. 2 R. y Autos acordados (*i*) Ley 18 tit. 10 lib. 2. R. ó 6 tit. 20. lib. 4. N. R.

ramento de no hacerla con malicia, y dexar al Relator en su buena opinion y fama, sin embargo de que la ley no lo previene.

413 Para recusar al Escribano originario del pleyto no es menester probar ni aun expresar causa, pues basta jurar no hacerlo con malicia, dexándole en su buena opinion y fama, y pedir al Juez que le dé acompañado, porque sin grave motivo justificado no se le puede remover de entender en él, á causa de hallarse radicado en su oficio, donde debe subsistir, y de ser contra su honor la remocion, lo qual no puede decirse de la recusacion; y lo que haga sin el acompañado, es nulo. Pero éste no puede ser recusado sin causa, porque una vez que la parte pidió al Juez que le nombrase, (pues ninguna ley le permite proponérsele) es visto haber querido conformarse con el que eligiese; y respecto deberse presumir que procedió en su eleccion con imparcialidad y justificacion, es preciso que para remover al nombrado le haga ver el defecto que tiene é ignoraba: de lo contrario le hace injuria, y no debe admitir la recusacion como voluntaria, maliciosa y ofensiva al mismo Juez. Si el Escribano originario está enfermo ó ausente, puede despachar por sí solo el acompañado todo lo que ocurra en el pleyto, porque no está recusado; como tambien á falta de los dos, otro que nombre el Juez, porque con éste tampoco se entiende la recusacion; y si el recusante se aparta, como puede, de la recusacion, ha de cesar incontinente el acompañado, por quedar habilitado el recusado, el qual siendo Juez comisionado para la probanza puede admitir el apartamiento, así como debe admitir la recusacion y hacerle saber al acompañado, á fin de que le conste y no continúe, sin necesidad de ocurrir al tribunal de donde dimana su comision, para que lo declare, pues se vuelve al estado que tenia ántes de ser recusado, y es lo mismo que si no lo hubiera sido para proseguir en las diligencias ulteriores.

414 Para la recusacion del Escribano de diligencias en los pueblos en que actuan los Reales, acerca de lo qual no hablan los AA. ni las leyes, se ha de practicar la misma solemnidad, á excepcion de que queda privado de entender mas en el negocio, porque para con él no se radica como para con el originario que tiene oficio y archivo determinado, en el que debe parar siempre custodiado el pleyto. La práctica que sobre éstos hay en esta corte, es proponer el recusante tres al Juez para que elija de ellos el que quiera, y el Juez á su arbitrio unas veces elige uno y otras otro no propuesto. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusar al electo ó á to-

dos, excepto al que nombre, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga*, (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general) á lo que defiere; y si recusa á todos los del pueblo, excepto á los que propone, no se le admite ni debe admitir la recusacion, por ser maliciosa, y así elige el Juez uno de los recusados y no propuestos.

415 Si nombra el Juez otro Escribano de los no propuestos en qualquiera de los casos referidos, ó de oficio *por vaga*, dudan algunos, si podrá ó no ser recusado; pero mi parecer es que puede serlo sin causa el nombrado de los no propuestos, y las razones son: la primera, porque si puede recusar al Juez, mucho mejor al Escribano que elija, pues acerca de los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida darle acompañado, como se practica respecto de los originarios, ni hay para ello el mismo motivo; y la segunda, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido, se entiende permitido. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y ántes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque de lo contrario se procederia en infinito, se eternizarian los pleytos, y se ocasionarian graves é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fé.

416 La parte que recusa al Escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque los devenga á instancia suya, y á ello le puede apremiar el Juez por embargo y venta de bienes, sea ántes ó despues de visto y sentenciado el pleyto, segun lo manda la ley (*a*), quando se recusa á los Relatores, pues aunque ninguna trata de esto, milita la misma razon.

417 Para evitar los perjuicios que se causaban á los litigantes de suspender los Jueces el curso de los pleytos, quando S. M. ó alguno de sus tribunales superiores por queja de los contrarios le pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderle, porque lo prohiben varias leyes (*b*), se expidió á consulta del Consejo Real cédula en el Real Sitio del Pardo á 11 de Enero de 1770, que dice: „Que los tribunales y Justicias del reyno así ordinarias como comisionadas ó limitadas á ciertas causas ó personas procedan con arreglo á las expresadas leyes en la administracion de justicia á determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones malicio-

(*a*) La 18 tit. 10 lib. 2 R. ó 6 tit. 20 lib. 4 N. R. (*b*) La 9 (ó 11 tit. 4 lib. 3 N. R.) y otras del tit. 14 lib. 4 R.

sas ó voluntarias de las partes ni suspender su curso, aunque por los tribunales y Jueces superiores se les pida informe en su asunto: que no se expidan cartas ni provisiones, ni se admitan apelaciones ó recursos que no sean conformes á derecho: que si algunas se despachasen en contrario, se obedezcan y no se cumplan: que quando se pida de mi Real órden algun informe sobre pleytos pendientes, se dé pronto cumplimiento, pero entendiéndose siempre sin retardacion ni suspension de su curso, á ménos que en algun caso particular tenga á bien mandar expresamente que se suspenda; encargando como encargo á todos los tribunales y Jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto á que se dirigen mis justificadas intenciones.,, Así se observa en esta corte.

418 Con arreglo á esta Real resolucion se debe proceder tambien, quando alguno que está executado, acude al Consejo pidiendo moratoria juntamente con la suspension de las diligencias executivas, y éste da traslado llano al acreedor, ó acreedores, sin mandar al Juez *que suspenda, ó no innove, ó no le moleste* por cierto término que señala; pues por este hecho es visto quiere que el Juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea ó se entienda sin perjuicio del estado y naturaleza de la causa, y su prosecucion, como lo he visto declarado por el Consejo, practicar repetidas veces, y debe hacerse por los Jueces y Escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias, miéntras no se les mande expresamente: lo qual no procede, quando la moratoria se solicitó ántes de empezarse la execucion y el Consejo confirió traslado, mandando pasar la pretension á sala de Justicia para que aquí se exâminase si se habia de deferir ó no á ella; pues en este caso hasta que se declare no haber lugar á su concesion, nada se debe practicar, mediante á que el Superior tomó conocimiento del negocio ántes que el Juez del executado.

§. XIII.

De la sentencia difinitiva, de los requisitos que exîge para su validacion, de si el Juez la podrá revocar ó reformar, y del término para apelar de ella.

419 La sentencia, generalmente hablando, es de dos maneras, *interlocutoria y difinitiva*: se llama interlocutoria la que el Juez pronuncia en el discurso del pleyto entre su principio y fin sobre algun incidente, y todo auto preparatorio para la difinitiva, y así no es propiamente sentencia: la difinitiva es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes da sobre el negocio principal, imponiendo fin con la absolucion ó condenacion á la controversia que suscitáron ante él.

420 Se llama así de la palabra latina, *sentiendo*, y de la castellana sentir, porque el Juez declara ó decide segun lo que siente. Debe pronunciarla estando presentes los litigantes ó citándolos para darla, dentro de los 20 dias siguientes al de la conclusion, pena de pagar dobladas las costas que les causare, y 50ʊ maravedís á la Real Cámara, si siendo requerido por alguno de ellos, no lo hace, y de nulidad, si falta su presencia ó citacion (*a*); pero el cúmulo de negocios, especialmente en los lugares populosos, imposibilita á los Jueces de sentenciar los pleytos en muchos meses, y así tardan mas tiempo en hacerlo (*).

(*a*) Leyes 1 tit. 17 lib. 4 R. ó 1 tit. 16 lib. 11 N. R. y final tit. 26 P. 3.

(*) ,,La duda consistirá en poder asegurarse de si se dió con efecto la sentencia con aquel prévio 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 el Juez, por diligente y experto que sea, no pudo tomar aquel exâcto conocimiento de los hechos que segun las leyes debe preceder á su juicio y sentencia.,,...

,,*La ley* 1 *tit.* 17 *lib.* 4 *ó* 1 *tit.* 16 *lib.* 11 *N. R.* señala el término de 20 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 20 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.,, Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 1 cap. 12 nn. 9 y 11.

421 Se diferencia la sentencia difinitiva é interlocutoria en que el Juez no puede revocar, ampliar, ni enmendar la primera despues de publicada, por haberse acabado su jurisdiccion (*a*), excepto en los casos que explicaré en los núm. 449 y siguientes; y sí la interlocutoria en qualquiera parte del juicio ántes de la difinitiva, porque para él nunca pasa á cosa juzgada (*b*), á ménos que la confirme ó revoque el superior; y para pedir que se reforme, no hay término señalado en el derecho, por lo que el agraviado puede pretenderlo ántes que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada. Tambien se diferencian en que la difinitiva puede justificarse en grado de apelacion por los mismos autos y otros nuevos, y la interlocutoria se ha de determinar por lo que resulta justificado y excepcionado ante el Juez inferior, sin que se admita nueva prueba ni otra cosa (*c*). Asimismo se diferencia en que para dar la sentencia difinitiva deben ser citadas precisamente las partes, porque faltando este requisito es nula; y para dar la interlocutoria no es necesaria la citacion, excepto que tenga fuerza de difinitva, ó sea de mucha entidad y pueda causar grave perjuicio.

422 Toda sentencia interlocutoria sobre la qual no puede dar otra el mismo Juez, tiene fuerza de difinitiva, porque surte el efecto de ésta, y pone fin á la instancia ó incidente; v. gr. la absolutoria de la observancia del juicio, ó de la instancia, la en que se declara por desierta la apelacion, la en que se multa á alguno, aquella por la qual se acaba el oficio del Juez, como quando se declara incompetente, la que define algun artículo substancial del negocio principal, por exemplo quando uno de los litigantes pide restitucion, porque dice ser menor, y el Juez declara que no lo es, pues por esta sentencia queda excluido de la restitucion pedida: ó quando se admite ó excluye la excepcion perentoria, ó el Juez no quiere admitir algunas pruebas, sin las quales no puede obtener el que intenta hacerlas, ó quando por la sentencia interlocutoria se manda dar ó hacer alguna cosa, y en otros casos semejantes, de cuyas sentencias se puede apelar ántes que se difina el negocio principal: pero no se admite segunda suplicacion de ellas, ni el Juez la puede revocar.

423 El mandato de pagar, si se da sin conocimiento de causa, ó con cláusula justificada; v. gr. *pague, y si razon tuviere para no hacerlo, dedúzcala, &c.* se debe tener por sentencia interlocutoria, y com-

(*a*) Leyes 2 y 3 tit. 22 P. 3. (*b*) Cap. 60 de Apellation. (*c*) Leyes 3, 4 y 5 tit. 9 lib. 4 R. ó 6 y 7 tit. 10 y 6 tit. 21 lib. 11 N. R.

pareciendo el llamado se convierte en simple citacion; pero si no comparece y por esto se le acusa la rebeldía, queda firme el mandato.

424 Si éste se da contra el confeso, se ha de distinguir: si para darle precedió demanda formal, contestacion y forma de juicio, y el reo en el discurso de éste confesó, se debe tener por sentencia difinitiva, porque mas se adhiere ó semeja á ésta que á la interlocutoria, y así no se puede revocar: si se dió verbalmente sin formalidad de proceso, como quando habiendo sido llamado el reo á presencia del Juez confesó, y éste en vista de su confesion le manda que pague, es interlocutoria por falta de formalidad, no obstante que define el negocio principal; pero respecto darse con conocimiento de causa y tener por esto fuerza de sentencia difinitiva, no se puede revocar.

425 La sentencia judicial debe ser conforme á la demanda en tres cosas, *cosa*, *causa y accion*; como tambien arreglada á derecho y buenas costumbres, sin excederse de lo pedido, y de lo contrario es nula *ipsojure*, aunque no se apele de ella. Ha de recaer sobre cosa cierta, aunque el Juez puede remitirse á los autos, si consta en ellos; y si es sobre cantidad no líquida, debe mandar que se liquide, aprobando luego la liquidacion con audiencia de las partes ántes de executar la sentencia, como sucede en las de condenacion á dar cuentas, restituir herencia y otras semejantes, y en los juicios universales (*a*).

426 Si hay condenacion de frutos ó intereses, debe tasarlos el Juez en la sentencia y no remitirlo á contadores, porque está prohibido (*b*); y si aquella es condenatoria en parte y en parte absolutoria, debe especificar la razones de esta diferencia: bien que hoy regularmente no fundan muchos Jueces sus sentencias por evitar siniestras y violentas interpretaciones, y solo se remiten en términos génerales á lo que resulta de autos sin mencionar específicamente cosa alguna de ellos.

427 Segun la práctica de los juzgados de esta corte se expresa al principio de la sentencia el nombre del Juez, quien la firma juntamente con el Escribano, y no hay pronunciamiento; pero al contrario en muchos de fuera no se estila expresar en ella quién la da, y por eso el Escribano la lee en su audiencia ante testigos, pone á su continuacion el pronunciamiento, diciendo en él quién la dió y en qué dia, y lo firma. El Juez como se acostumbra, entrega la sentencia al Escribano y éste la notifica á las partes, así como por derecho comun y

(*a*) Leyes 1 y 16 tit. 22 P. 3. (*b*) Leyes 52 tit. 5 lib. 2 y 10 tit. 9 lib. 3 R.

canónico (*a*) se permite á los Obispos y personas ilustres por la prerogativa de su dignidad que la hagan saber por medio de otro.

428 Aunque segun se ha dicho, la sentencia debe ser conforme á la demanda, esto no tiene lugar, quando se da comision para proceder, *atendida solamente la verdad del hecho*, en cuyo caso no se anula por dexar de serlo, como quando se pidió una cosa y se probó otra: porque dicha cláusula es mas ámplia y tiene mas fuerza que la de que se proceda *sumaria y simplemente, y de plano*: se aparta de las reglas prescriptas por derecho positivo, y se juzga comisionado el Juez para proceder como si fuera el Soberano que no está obligado á observar el órden judicial ni sujeto á las leyes positivas (*b*). Pero si la demanda es ineptà, no vale la sentencia, ni tampoco el proceso excepto en las causas sumarias, en que no se observan estrictamente el órden ni las solemnidades judiciales.

429 El Juez ha de pronunciar su sentencia en el lugar que debe y sus predecesores acostumbráron, y no fuera de su territorio, á ménos que las partes lo consientan; bien que el Delegado no siéndolo para todas causas, el árbitro y el Juez de apelacion pueden darla en qualquiera parte honesta, lo qual procede tambien en aquellas en que se procede de plano en las de jurisdiccion voluntaria, y en todos los actos concernientes á los trámites del pleyto. No ha de dar la sentencia en el tiempo prohibido de juzgar, ni despues del legal, ni de noche, ni pendiente el término concedido, ni tampoco sin presencia ó citacion de las partes, excepto que proceda de oficio, ó que haya habido vista de autos con su citacion, y para mejor proveer mande practicar alguna cosa. Además, el Juez ha de ser competente, no ha de dudar de su facultad, ni proceder despues de admitida la apelacion, ó de inhibido del conocimiento por el superior, ni finalmente ha de tener impedimento ni prohibicion legal de juzgar.

430 La sentencia se ha de escribir ántes de publicarse, no ha de ser notoriamente injusta, ni falsa la causa en que se funda, ni dada contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada, ni incierta, ni se ha de expresar en ella por persona cuyas facultades para litigar no constan en el proceso, ni ha de contener error manifiesto, ni otros vicios que la anulen *ipsojure*, ni tampoco le han de faltar los demas requisitos prescriptos por derecho para su validacion.

431 Para dar la sentencia deben los Jueces inferiores ver y exâ-

(*a*) Cap. últ. de Sentent. & re judicat. in 6. (*b*) Cap. 22 de Accusation.

minar por sí propios los autos á presencia de las partes, y no por relacion de los Escribanos (*a*), como se dixo en el núm. 235; y lo mismo deben practicar los Alcaldes de Corte que como Jueces ordinarios conocen de lo civil, pues le está prohibido tener Relatores pena de 5ⓓ maravedís y destierro de un año al Relator por cada vez que se la hiciere (*b*); bien que sin embargo de esta prohibicion se acostumbra en los juzgados de esta corte no solo hacer relacion los Escribanos sino tambien pedir las partes se les comunique el apuntamiento ó memorial ajustado con los autos, para ver si está conforme, y no estándolo, hacer que se enmiende, adicione, ó coloquen los hechos, segun deben estar para su mas clara percepcion; como asimismo asistir sus Abogados á la vista para informar verbalmente á los Jueces del derecho de ellas, é ilustrarlos con leyes y doctrinas que conduzcan al asunto. Además, algunas veces se les informa por escrito, segun lo permite la ley 4 tit. 16 lib. 2 R. observando en estos papeles ó informaciones en derecho (que no se unen á los autos, ni comunican á las partes, por no ser del proceso), lo que previenen la ley final, y autos 4, 7 y 11 del mismo tit. y lib. en caso de imprimirse, como suele hacerse en el Consejo, para que teniéndolo todo presente no yerren la determinacion, y puedan despachar con mas brevedad los muchos negocios que ocurren; pues de otro modo serian interminables.

432 Para juzgar deben los Jueces superiores é inferiores así en primera como en segunda y tercera instancia mirar y atender á la verdad sin detenerse en las solemnidades y sutilezas prescriptas por derecho para el órden de enjuiciar: de suerte que constando justificado el hecho, aunque falten las solemnidades de los trámites del juicio, siempre que no sean las substanciales, como la citacion, prueba, &c. pueden y deben determinar el pleyto conforme á la verdad que resulta probada segun la demanda ó accion intentada, y será válida la sentencia (*c*); pero si alguna de las partes declara las cosas que son substanciales en el juicio, pide que la otra las guarde ó jure de calumnia, el Juez se lo manda dos veces y no quiere, y no obstante pasa á dar la sentencia; entónces á mas de ser ésta nula debe pagar el Juez las costas (*d*). Lo mismo se ha de decir aunque el actor ponga la demanda por una causa y pruebe otra diversa, porque esta diversi-

(*a*) Leyes 17 tit. 17 lib. 2 y 6 tit. 9 lib. 4 R. (*b*) Ley 4 tit. 8 lib. 2 R.
(*c*) Véase la nota del n. 76. (*d*) Ley 10 tit. 17 lib. 4 R.

dad no muda la verdad (*a*) (*). Y si el Juez por ignorancia ó malicia procede injustamente causando daños á alguno de los litigantes, incurren en las penas que expresan varias leyes (*b*).

433 Dudando justamente el Juez inferior de la sentencia que ha de dar, por ser iguales las pruebas de las partes, debe aconsejarse de hombres literatos, imparciales y de buena fama, electos con aprobacion de ellas, y si no disuelven su duda, puede remitir la causa al superior, citándolas á este efecto y no de otra suerte (*c*); mas no mandarles que comprometan el negocio en sus manos (*d*), y no se han de remitir los autos originales, excepto que lo mande el superior, sino por compulsa, la qual y los demas gastos que ocurran en este caso, deben pagar las partes por mitad (*e*), aunque quando se apela, el apelante debe satisfacerlos enteramente, porque se causan á su instancia; pero no le está prohibido sentenciarla despues de remitida, por lo que valdrá la sentencia arreglada que pronuncie ántes de responder el superior (*f*) (**).

434 El que pide una cosa por otra, puede corregir su error en el mismo juicio, y valdrá la sentencia que se dé (*g*). Si prueba pertenecerle otra diversa de la que demandó, debe ser absuelto el reo de la instancia, no de la demanda, y si se da otra sentencia, es nula (*h*); si bien basta que el actor tenga el dominio de la cosa que pide al tiempo de la sentencia, aunque no le haya tenido al de la demanda, porque convalece el juicio con el derecho superveniente, y recae la sentencia sobre cosa cierta (*i*); pero no se deben admitir probanzas ni defensas incondu-

(*a*) Valenz. consil. 11 n. 16. Vela diss. 15 n. 86 y diss. 42 n. 66. Parlad. lib. 2 cap. 10 nn. 3 y 4.

(*) Por exemplo, si alguno pide una finca enfitéutica diciendo que ha caido en comiso, y en vez de acreditarse éste, solo se prueba el enfiteusis, puede el Juez condenar la enfitéuta al pago del canon ó pension anual. Cur. Philip. P. 1 §. 18 núm. 6.

(*b*) Las 12 tit. 4, 24 y 25 tit. 22 P. 3, y 4 tit. 15 P. 7. (*c*) Ley 11 tit. 22 P. 3. (*d*) Ley 13 tit. 5 lib. 2 R. (*e*) Greg. Lóp. ley 2 tit. 21 P. 3 gl. 4. Bobadill. lib. 3 Polit. cap. 8 n. 245. (*f*) Greg. Lóp ley 11 cit. gl. 6.

(**) Parece que se priva enteramente un Juez de la facultad de sentenciar una causa con remitirla al superior para que la decida, como tambien que se hace agravio á éste con determinarla despues de remitida.

(*g*) Salg. de Retent. part. 2 cap. 8 n. 11. Vela diss. 33 n. 71. Parlad. cap. 10 cit. n. 6. (*h*) Gutier. lib. 1 Pract. q. 101. Greg. Lóp. ley 9 tit. 22 P. 3 glos. 4 Salg. Labyr. part. 3 cap. 1 n. 30. (*i*) Salg. lug. cit. part. 1 de Retent. cap. 2 n. 79. Olea de Ces. jur. tit. 6 q. 9 n. 28.

centes á la accion propuesta (*a*). Y no debiendo ser condenado el reo, no solo ha de ser absuelto de la instancia del juicio sino tambien de la demanda y entrega de la cosa que se le pide en ella, pruebe ó no el actor, por lo que éste no puede volver á suscitarla, sino se le reserva para ello su derecho (*b*), porque le obsta la excepcion de cosa juzgada.

435 Todo litigante temerario ó que no tiene causa justa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario pidiéndolas éste: y se cree no tenerla, quando la demanda es inepta, ó el actor no la probó, ni el reo sus excepciones, ó puso alguna maliciosamente, ó fué contumaz, y por otras causas semejantes; bien que si justifica su intencion con dos testigos á lo ménos, aunque éstos sean luego tachados, no debe pagarlas (*c*).

436 Tampoco debe pagarlas, quando tuvo justa causa para litigar, aunque el reo sea condenado en la principal ó absuelto, ni quando al principio del pleyto hizo el juramento de calumnia, porque con él se excluye la presuncion de haber litigado maliciosamente, á ménos que resulte lo contrario del proceso, pues en este caso se desvanece la presuncion de buena fé que el juramento induce á su favor, por lo que se le ha de condenar y apremiar á su pago tasándolas el Juez (*d*).

437 Pero si el litigante temerario es pobre, no se debe prender, ni tomarle sus vestidos, ni ser compelido á dar fiador por el importe de las costas, ni por el de los derechos que devengue en defenderse, ni pagarse éstos de las limosnas que se hacen á los presos (*e*); y es suficiente que lo haga constar con informacion hecha en otra parte presentando un testigo hábil y fidedigno en la audiencia ó juzgado en que se sigue el pleyto, que deponga de su pobreza, con tal que le reciba el Escribano de la causa (*f*) de modo, que se llama pobre el que aunque tenga lo indispensable para vivir, no tiene para litigar; y para que se le declare por tal, basta que haga informacion concluyente de su pobreza ante qualquier Juez y practique despues lo que queda dicho, sin ser rigorosamente necesario que la dé ante el de la causa; pero hasta que esté declarado, no se le debe tener por pobre,

(*a*) Salg. Labyr. part. 3 cap. 1 n. 30 (*b*) Leyes 24 y 43 tit. 2, y 1 t. 14 P. 3 Bobadill. lib. 5 Polit. cap. 3 nn. 132 y sig. Cur. Philip. part. 1 § 18 n. 8. (*c*) Leyes 39 tit. 2 y 8 tit. 22 P. 3 Greg. Lóp. en ámbas glos. 3 Gutier. lib. 1 Pract. q. 134 (*d*) Ley 8 tit. 22 P. 3 y su glos. 2 y 3, y ley 3 tit. 22 lib. 4 R. (*e*) Leyes 20 y 23 tit. 12 lib. 1 R. (*f*) Ley 25 dicho tit. y lib.

en cuya atencion ha de pagar los derechos de la informacion y demas que ocurran, y si obtiene en el juicio, deberá satisfacer de las cantidades que perciba, los legítimos, como si se le hubiera mandado defender sin derechos hasta entónces, porque ya tiene con que pagar.

438 Si el Juez no hace condenacion de costas habiéndose solicitado y el vencido apeló, no es necesario que apele el vencedor de semejante omision, porque en segunda instancia puede conseguir que se le condene en ellas adhiriéndose á la apelacion, para lo qual no hay término señalado; y si el vencido no apeló, puede tambien el vencedor apelar en derechura de dicha omision, ó de aquello á que el Juez no defirió. Lo propio podrá hacer por las que se le deben por otro derecho ó accion: v. gr. por contrato, de lo qual trata el Señor Covarrubias (*a*).

439 Como muchas veces piden los litigantes que el Juez reponga, revoque ó reforme por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sus autos y sentencias, debo decir que siendo mere interlocutorias puede y debe hacerlo con causa justa, quando quisiere ántes de la sentencia difinitiva sobre lo principal; y siendo difinitivas, ó teniendo fuerza de tales, no solo no puede reformarlas ni revocarlas una vez publicadas y notificadas á las partes, sino que tampoco las puede mudar, corregir, ni adicionar en cosa alguna: lo qual milita tambien en las interlocutorias que se pronuncian juntamente con las difinitivas, por haber espirado sus facultades y acabádose en aquel juicio su oficio; mas sí declararlas á instancia de alguno de los litigantes en lo que estén obscuras (*b*), cuya declaracion se debe pedir ántes que espire el término de apelar y se introduzca la apelacion, para que desde que se haga saber la declaracion, empiece á correr aquel, como se practíca. Y es de advertir que el Juez puede ir á defender su sentencia al tribunal superior, con tal que no lleve salario para ello (*c*).

440 Si en la sentencia difinitiva no hizo el Juez mencion de los frutos y renta de la cosa litigiosa sino solo de ésta, ó no condenó en las costas, debiendo hacerlo á la parte vencida, ó juzgó sobre estas cosas mas ó ménos de lo que por derecho debia, puede enmendar y

(*a*) Pract. cap. 27 con especialidad n. 5. (*b*) Leyes 2 y 3 tit. 22 P. 3 Salg. de Reg. protect. part. 1 cap. 5 nn. 20 y sig. y part. 4 cap. 2 n. 130. (*c*) Ley 13 tit. 16 lib. 2 R.

enderezar su sentencia dentro del dia en que la dió, y no despues (a). Lo mismo puede hacer quando condenó en multa ó pena pecuniaria á alguno que es pobre, pues la ley le concede facultad para moderarla ó quitársela por piedad si quisiere, especialmente si se aplicó al fisco (b).

441 La sentencia difinitiva se debe intimar ó notificar á ámbas partes, aunque una sola venza, y si litigan por Procuradores, á éstos entregándoseles copia de ella y de otra qualquiera providencia, si la piden, para que la consulten con su Abogado, vean si les es gravosa, y han de apelar de ella, pues á este efecto se les notifica, y sin embargo de que los Procuradores respondan que se haga saber á sus partes en persona, como muchas veces lo hacen, por diferir y ocasionar gastos á las contrarias, no debe el Escribano admitirles esta respuesta, porque en virtud de su poder hasta que la sentencia se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, y llegue el caso de su execucion, se han de entender con ellos todas las diligencias que ocurran; pero la execucion de la sentencia ha de entenderse con las mismas partes en persona, puesto que de éstas y no del Procurador ó apoderado depende su cumplimiento como obligadas á él.

442 Notificada la sentencia difinitiva ó interlocutoria á las partes, ó á sus Procuradores ó Apoderados, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo Juez acusando la rebeldía á aquella; expresando ser pasado el de la ley y pretendiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y la lleve á pura y debida execucion: á cuya solicitud debe proveer este auto: *por acusada la rebeldía: autos citadas las partes*; y si dentro de los tres dias siguientes al de la última citacion no manifiesta despacho del superior, ha de deferir á la declaracion en la primera audiencia, condenando á los litigantes á que cumplan con el tenor de la sentencia, pues por la ley ya está pasada en cosa juzgada; bien que algunos Jueces solo llaman los autos, y en la siguiente audiencia hacen la declaracion, porque pasado el término de la ley ya está executoriada, y así ni tiene para que citar á las partes, ni oirlas sino sobre su execucion, ni debe hacerlo, porque se acabó su oficio en aquella instancia, y esto es lo mas arreglado. Este auto se debe hacer saber tambien á los Procuradores, para que sepan que no

(a) Ley 3 tit. 22 P. 3 verb. Pero si el juzgador. (b) Ley 4 tit. 22 P. cit.

tienen recurso, por ser visto haber consentido en la sentencia, y si entónces responden que se entienda con sus partes, se les debe admitir la respuesta, pues cesáron sus facultades; por haberse concluido la instancia, en cuya atencion se ha de notificar á las partes la sentencia y auto de declaracion para que la observen y cumplan.

443 El término para apelar de auto ó sentencia los mayores de 25 años es en el fuero secular el de 5 dias (*a*), los quales se cuentan desde el de su intimacion, que es desde quando llega judicialmente á su noticia; y aunque en algunos juzgados de ésta corte amplian los 5 dias á 9 ó 10, se debe desterrar semejante abuso y corruptela, por no haber en aquellos facultad para hacer una ampliacion opuesta á la ley. En el fuero eclesiástico se conceden 10 dias para interponer la apelacion de sentencia difinitiva (*b*), y de la interlocutoria no se debe admitir, excepto que tenga fuerza de difinitiva, ó contenga gravámen irreparable por ésta (*c*), lo qual procede asimismo en el secular (*d*); á ménos que sea sobre declinatoria, recusacion del Juez, denegacion del proceso en que se hizo publicacion, ó sobre excepcion perentoria (*e*). De la sentencia de los árbitros que debe executar el Juez ordinario, y no ellos por defecto de jurisdiccion, se puede apelar ó pedir reduccion á alvedrio de buen varon dentro de diez dias baxo la fianza que previene la ley 4 tit. 21 lib. 4 R. y pasados queda firme (*f*). Para interponer suplicacion de los autos interlocutorios en que debe admitirse, se conceden tres dias, en los quales el suplicante debe expresar los agravios, y para la de sentencia difinitiva diez dias y no mas, ya se haya principiado el pleyto en el Consejo ó Audiencia, ya se haya traido á ella por apelacion de la sentencia del Juez inferior (*g*), de lo qual trata el tit. 19 lib. 4 R. Y si el Juez inferior agravia en algun incidente al apelante, puede el superior á instancia de éste retener los autos en su tribunal, substanciarlos y determinarlos en lo principal, quitando el conocimiento al inferior, por haberse hecho sospechoso; sin embargo de lo dispuesto por el concilio de Trento (*h*) que manda se concluyan todas las causas, aunque sean be-

(*a*) Así lo ordena la ley 1 tit. 18 lib. 4 R. (*b*) Cap. 5 y 13 de Sentent. & re judicat. Reiff. lib. 2 tit. 27 § 4 n. 107. (*c*) Conc. Trident. Sess. 13 de Reformat. cap. 1 al fin y Sess. 24 del mismo tit. cap. 20 al princip. (*d*) Ley 13 tit. 23 P. 3. verb. Mas de otro Mandamiento, y 3 tit. 28 lib. 4 R. y 5 tit. 6 lib. 7. (*e*) Dicha ley 3. (*f*) Ley fin. tit. 4 P. 3 y su glos 1 Cur. Philip. part. 5. § 1 n. 16 al fin. (*g*) Leyes 1 y 2. tit. 19 lib. 4 R. (*h*) Cap. Causæ omnes 20 sess. 24 de reformat.

neficiales, ante el Ordinario, y que no se le quite su conocimiento; pues por haberse omitido especificar este caso en el concilio, se entiende exceptuado (*a*) como freqüentemente lo vemos.

444 Si el agraviado apela y se le admite la apelacion lisa y llanamente ó en ámbos efectos (*), y no presenta la mejora ó despacho del Juez de alzadas ó del tribunal superior dentro del término competente segun la distancia, puede la otra parte usar de uno de dos medios, que son: acudir ante el superior á sacar *abixatoria* ó contra mejora, ó ante el inferior pretendiendo declare por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia ó auto apelado, cuyo término, no señalándosele el Juez, es de 40 dias, si hubiere de seguir la apelacion de puertos allá; de 15, de puertos acá, y de tres, estando el Juez de alzadas ó tribunal superior en el pueblo del juicio. Los mismos términos tiene para quejarse del Juez, si no le admite la apelacion siendo admisible (**), y pasados queda fir-

(*a*) Valenz. Conc. 176 n. 51 tom. 2. Avendaño de Secund. suplicat. n. 11.

(*) "La apelacion se admite de quatro modos. primero diciendo expresamente que la admite en ámbos efectos devolutivo y suspensivo: segundo quando se dice que admite la apelacion sin expresar en qué 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."

"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... 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."...

En el segundo caso procede lo mismo, »porque admitida la apelacion sin expresion de que sea en los dos efectos, ni restriccion de que se entienda solo en el devolutivo, queda el auto de admitir la apelacion en forma indefinida que equivale á la universal"..,.. Señor Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 3 nn. 13, 14, 16 y 18. En quanto á los otros dos casos véanse los nn. 12, &c. y 32.

(**) »Si de la causa y sentencia difinitiva constase por notoriedad que ni el Juez ha causado agravio á la parte, ni ésta 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 frivola 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.»

»Como no es fácil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones son frívolas y maliciosas; conviene recurrir á los que en

me el juicio (*a*). Si acude ante el inferior, debe mandar al apelante que presente las diligencias practicadas en prosecucion de la apelacion dentro de cierto término que les prefina, cuyo auto se debe hacer saber á su Procurador; y si pasado el término concedido no cumple, le acusa la rebeldía la otra parte, insistiendo en su pretension, y el Juez la ha por acusada, mandando que dentro de tercero dia cumpla con lo proveido en el auto anterior. Hecho saber y pasados los tres dias le acusa segunda rebeldía, y el Juez manda que dentro de segundo dia evacue lo providenciado en el primer auto con apercibimiento. Si en este término tampoco cumple, le acusa la tercera rebeldía volviendo á insistir en su pretension, y el Juez la ha por acusada, llama los autos citadas las partes, y pasados tres dias despues de las citaciones defiere á su solicitud, mandando al Escribano originario le dé testimonio con la relacion competente é insercion de la sentencia, auto de su declaracion y demas que sea conducente, con el qual pide su execucion y se hace pieza separada, ó sino, se sigue á continuacion de los autos primitivos sin sacar testimonio, pues no hay necesidad de ello. Esta es la práctica que he aprendido y enseñan Salgado (*b*), Rodriguez (*c*) y otros; pues no debe el Juez declarar por desierta la apelacion sin conocimiento sumario de causa y citacion de parte, porque ésta puede hacer constar que tuvo justo impedimento para no haber presentado las diligencias practicadas en su prosecucion (*).

esta clase refieren los autores en sus difusos tratados: señaladamente Salg. *de Reg.* Lanceloto *de Attentat.* y Scacia *de Appellat.*» Autor y lug. cit. cap. 2. nn. 17 y 18.

(*a*) Leyes 2 y 15 tit. 18 lib. 4 R. (*b*) De Reg. protec. part. 3 cap. 18 n. 77. (*c*) De Execut. cap. 1, nn. 6, 7 y 8.

(*) La sentencia que en esta parte se ha fundado es en todo conforme á derecho; esto es, que la dada por el Juez, sino 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 previa declaracion puede el Juez mandarla executar sin preceder audiencia de las partes; pues quando la que apeló, ó pudo apelar, quiera proponer la excepcion de haber estado legítimamente impedido para no 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...»

"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 es-

445 Conteniendo la sentencia diversos particulares ó capítulos se puede apelar de ella en el todo, ó de alguno ó algunos solamente, segun sea el agravio ó agravios que cause al apelante (*a*); pero confírmese ó revóquese en quanto á los apelados, no es necesario pedir despues que se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada respecto de aquellos de que no se apeló, pues para con éstos lo está por la ley, por ser visto haberlos consentido ámbas partes, de suerte que no se debe admitir apelacion de ellos.

446 Sucede algunas veces en esta corte que despues de todo lo expuesto presenta la parte apelante el despacho ó mejora; y otras que no apela ante el Juez inferior y acude al superior presentándose en grado de apelacion (*). De estos casos, en el primero queda sin efecto la declaracion del Juez hasta que el superior, al qual debe remitir los

tuvo 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 déclare la sentencia en 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.» Sr. Conde de la Cañada lug. cit. n. 65 y 66 En los nn. 33, &c. y 64, y en los 67, 68 y 69 trata de este punto con mucha extension, solidez y doctrina.

(*a*) Ley 14. tit. 23 P. 3.

(*) Tambien sucede que »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 concluye 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.

»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.»

»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.» Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 3 nn. 3, 4 y 5.

autos, revoca ó confirma; y en el segundo, aunque la sentencia esté pasada en autoridad de cosa juzgada, debe tambien remitírselos y no pasar adelante, valiendo en ámbos casos la confirmacion ó revocacion del superior. Mas para evitar las dilaciones y perjuicios que ocasiona la malicia de los apelantes, les prefine el Consejo en uno y otro caso seis dias de término contados desde la fecha de su decreto, para que en ellos presenten evacuada la mejora en el oficio originario, y mande al Juez que si pasaren sin haberlo hecho, proceda en la causa como halláre por derecho, á cuyo efecto declara por desierta la apelacion.

447 La apelacion surte regularmente dos efectos. El uno se llama *suspensivo*, porque suspende la jurisdiccion del Juez inferior, y le ata las manos para que no pueda proceder, miéntras está pendiente; y el otro se llama *devolutivo*, porque con la apelacion se devuelve el conocimiento de la causa al superior (*a*); y una vez admitida llanamente aquella ó la súplica queda la causa en el estado que tenia ántes de la sentencia, y nada se puede hacer hasta que se confirme ó revoque (*). Y el Escribano originario ha de poner en el testimonio de ésta la expresion de si la causa es civil ó criminal, relacion de la demanda, su cantidad y reconvencion, si la hubiere, y cantidad de la sentencia, fecha de ella, y de la demanda y apelacion; y en las causas criminales á mas de la relacion expresada ha de referir, si el reo está preso ó no, pena de suspension de oficio por dos meses (*b*).

448 Se llama cosa juzgada aquella sobre la que recayó absolucion ó condenacion en contradictorio juicio, oidas las partes plenamente, mas no adquirió el vigor y autoridad de tal; y pasar la sentencia en

(*a*) Paz tom. 2 part. 5. in Proem. cap. 12 y 13 Cur. Philip. part. 5 § 1. n. 19.

(*) "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 supensivo. Consiste la enunciada regla en pesar el agravio respectivo á las partes y al público; y si fuese mayor el que padecia 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 transcendental á la causa pública; cesará en estos casos la apelacion suspensiva, y tendrá lugar únicamente en el efecto devolutivo.» Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 2 n. 46. En los nn. siguientes pone varios exemplos.

(*b*) Ley 10 tit. 18 lib. 4 R.

autoridad de cosa juzgada se entiende, quando le recibió irrevocablemente, por haberse consentido expresamente, ó por no haberse apelado de ella, pues es visto consentirla, ó si se apeló, se apartó despues el apelante de la apelacion interpuesta, ó se declaró ésta por desierta, de suerte que se estima por verdadera y justa la sentencia (*a*), y es de tanta fuerza que aquel contra quien se dió, sus herederos legítimos, el Juez que la pronunció, y sus sucesores deben observarla, aun quando contenga error de cálculo, si provino de los litigantes y no del Juez; ó el agraviado, sino apeló de ella, halle despues nuevos instrumentos y tales que si el Juez los hubiese tenido presentes, hubiera determinado lo contrario (*b*); por lo que quien la obtuvo y su sucesor tienen de término 20 años para pedir la cosa litigiosa (*c*), porque la accion personal y la executoria dada sobre ella prescriben por ellos (*d*).

449 Sin embargo como toda regla general padece sus excepciones, hay casos en que la sentencia declarada en cosa juzgada se puede recindir y revocar, porque no adquirió el vigor y fuerza de tal. El primero es, quando el que fué condenado en ella halló posteriormente nuevos instrumentos, pues aunque sea mayor de 25 años, puede pretender se recinda por via de restitucion que le compete por la cláusula general: *si pareciere haber alguna causa justa*; y debe deferirse á ello por la ignorancia y legítimo impedimento que tuvo para no haberlos producido (*e*) (*). El segundo es, quando se pronunció la sentencia en virtud del juramento supletorio de su contrario, y luego por los instrumentos que halló, acredita que éste se perjuró, y justifica su intencion (*f*). El tercero es, quando se dió en causa matrimonial declarando no haber matrimonio, ó que fué ilícito, si hubo error en la declaracion, ó el Juez no fué el legítimo diocesano que debió conocer de ella (*g*). El quarto es, quando fué dada por pruebas falsas de testigos ó instrumentos, y no se alegó ni conoció de su falsedad, en cuyo

(*a*) Ley 32 al fin tit. últ. P. 7. (*b*) Ley 19 tit. 22 P. 3. (*c*) Greg. Lop. dich. ley 19. (*d*) Ley 63 de Toro. (*e*) Greg. Lop. ley 19 tit. 22 P. 3 glos. 9.

(*) La ley 19 citada dice lo contrario, segun se ha expresado en el número anterior, exceptuando solamente el caso de que "el juicio fuese dado contra el Rey ó contra sus personeros, ó en pleytos que perteneciesen á la su Cámara ó á su Señorío;" y el que se menciona despues en este número tocante al juramento supletorio; pero sin embargo como la autoridad de los intérpretes es muy superior á la de las leyes, deberá estarse, no á lo que dispone dicha ley 19, sino á lo que opina su citado comentador Gregorio López.

(*f*) Leyes 15 tit. 11, y 13 y 19 tit. 12 P. 3. (*g*) Ley 19 tit. 22 P. 3. cap. 10 y cap. 11. de Sententia et Re judicat.

caso el agraviado ha de pedir al mismo Juez por via de restitucion que recinda su sentencia citando á la parte contraria, lo qual debe hacerse, si prueba la falsedad, para lo qual le concede la ley 20 años y no mas (*a*). El quinto es, quando la causa porque se pronunció, se convierte en no causa, como si alguno es condenado á la satisfaccion del valor de la cosa que le prestáron y perdió, y luego la halla su dueño, en cuyo caso éste debe volver el precio que recibió, al comodatario, quien si no la satisfizo, no está obligado á su entrega (*b*). El sexto es, quando la sentencia es venal, por haber sido sobornado el Juez con dádivas ó promesas. Si el Juez con conocimiento da una sentencia injusta por ódio ó amor á uno de los litigantes, perderá su oficio, quedará infamado para siempre, y satisfará á aquel aquello en que se le condenó, juntamente con todos los perjuicios y gastos que jurare haber recibido y hecho por razon de la sentencia; mas si fué injusta por necedad ó ignorancia del Juez, solamente debe satisfacer al perjudicado todo el daño que se le siguió de ella (*c*). El séptimo es, tocante á las causas beneficiales, pues solo respecto de las partes pasa en cosa juzgada, no en perjuicio del superior (*d*). El octavo es, quando se dió contra el Rey ó su Procurador, y éste ú otro cometió dolo para ello, pues en qualquier tiempo se puede pedir la revocacion (*e*). El nono caso es, quando la sentencia es tal que de su tenor ó por vista ocular ó evidencia del hecho aparece su iniquidad (*f*). Y por último, todas las sentencias nulas de que se trata en el §. siguiente, se pueden recindir y revocar dentro de 30 años segun el derecho de las Partidas.

§. XIV.

De la nulidad de las sentencias y del término en que se debe pedir.

450 Toda sentencia tiene á su favor la presuncion de haberse pronunciado segun la forma prescripta por derecho (*g*), con conocimiento de causa y por Juez legítimo con jurisdiccion para darla mayormente

(*a*) Leyes 15 tit. 11, 116 tit. 18, 13 y 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 26 P. 3. (*b*) Ley 19 cit. (*c*) Leyes 13 y 24 al fin. tit. 22 P. 3. (*d*) Cap. 18 de Re judicat. glos. &c. Abb. in cap. 1 de Conces. præbend. cap. 32 de Election. y cap. 31 de Rescript. (*e*) Dicha ley 19. (*f*) Cap. 9 de Sententia et Re judicat. Innocen. in cap. 18 del mismo tit. (*g*) Cap. 16 de Sentent. & Re judicat.

siendo superior (*a*); y si es antigua, se amplía la presuncion á que precediéron para ello todos los requisitos y solemnidades substanciales (*b*). Pero no obstante como sucede muchas veces que algunas contienen el vicio de nulidad por varios motivos que voy á exponer, pueden impugnarse y recindirse por esta causa; aunque si las partes consienten la sentencia nula, se confirma ésta, porque el acto nulo convalece por su convenio y conformidad, como se dice en el derecho (*c*).

451 La sentencia puede ser nula ó injusta: se llama nula, quando es dada contra la forma y solemnidad que prescriben las leyes, é injusta, quando se pronuncia contra el derecho del litigante (*d*): por lo que los Letrados piden al superior en las apelaciones que interponen la declare nula ó la revoque como injusta; y los AA. lo distinguen con los adverbios *rictè y rectè* (legítimamente y rectamente) de los que el primero apela sobre la nulidad, y el segundo sobre la injusticia, las quales pueden provenir de 10 causas, á que se reducen las 30 porque expresa Maranta (*e*) se pueden decir nulos el juicio y sentencia, y son: por falta de jurisdiccion del Juez, legitimacion ó citacion de parte, ó por razon del lugar en que se da la sentencia, de solemnidad, de error en la cantidad ó en otra cosa, del tiempo, proceso ó modo, de iniquidad manifiesta, ó por la de la condicion (*f*) las quales paso á explicar.

452 Es nula la sentencia pronunciada por Juez que tiene prohibicion legal de serlo, ó carece de potestad de juzgar, ó si la tuvo, espiró, ó se la revocó la ley, ó Delegante, aunque ignore la revocacion, ó la dada contra naturaleza, derecho y buenas costumbres, ó contra el que no fué emplazado, excepto en los casos expresados en el n. 120 en los quales es necesario el emplazamiento: ó en tiempo en que está prohibido juzgar, ó fuera del prefinido para ello, ó en un lugar indecente, v. gr. la taberna; ó fuera de su territorio, ó no estando sentado en su tribunal, ó por yerro de parte del Juez, en la cantidad en que consista aquel y no mas, ó contra menor de 25 años, loco, fatuo, ó mudo y sordo por naturaleza sin audiencia de su curador, ó contra esclavo sin la de su señor, á excepcion de quando

(*a*) Vela diss. 48 num. 5. Gutier. lib. 1. Pract. q. 35. Covar. de Matrim. cap. 8 § 1 n. 7. (*b*) Salg. de Reg. protec. cap. 1 n. 49. Parej. de Edition tit. 2 Resolut. 5 n. 83. (*c*) Leyes 2 Cod. communia utriusque judicii y 3 Cod. quomodo et quando judex. Parlador lib. 2 cap. ult. part. 1 § 2 n. 7. (*d*) Cap. 1 de Re judicat. Parlad. diff 70 n. 1. (*e*) Part. 4 distinct. 16 (*f*) Bayo Prax. eccles. part. 3 lib. 1 cap. 21 de Guerrier. de Division. lib. 8 cap. 3 num. 3.

puede por sí solo comparecer en juicio, ó por Juez lego sobre cosa espiritual (*a*).

453 Tambien es nula la dada baxo de condicion ó á exemplo de otra, á menos que sea al de la pronunciada por el Rey como legislador en caso semejante (*b*): ó contra el que no es súbdito del Juez, excepto en los casos en que aunque no lo sea, se hace por las razones expuestas en los nn. 29 y sig. ó contra hombre muerto, si no se cita á sus herederos, aunque hay crímenes, como lo es la traycion, en que sin este requisito se puede proceder despues de su muerte contra su fama ó bienes: ó ántes de la contestacion, ó no estando presentes los litigantes, ó al ménos no siendo citados, pues basta que se les cite, aunque luego huyan ó no concurran: ó sin pleno conocimiento de causa, porque en el Juez no reside autoridad para mudar la forma del juicio, ó si no tiene las palabras *condeno*, *absuelvo*, ú otras equivalentes (*c*), ó si no se expresa la cosa ó cantidad cierta, á ménos que se remita á los autos, y conste en ellos: ó si la causa ó fundamento que menciona en ella, es falso; bien que para que por esta razon no se alegue nulidad, es conveniente añadir: y *por lo demas que resulta de autos*: ó si en éstos falta el poder y legitimacion de personas, ó quando excede de lo pedido ó no es sobre ello, ó lo que se pide es cosa genérica y la sentencia se da sobre cosa específica, ó es diversa en sí ó en la accion (*d*).

454 Asimismo es nula la sentencia de los Jueces, sean ordinarios, delegados ó árbitros, pronunciada sin concurrencia de todos los comisionados para darla, aunque los ausentes envien á decir por escrito á los otros que la den, excepto que tengan para ello poder especial del que les confirió la comision, pero si concurren todos y discuerdan, se ha de estar á la pluralidad de votos: si la discordia es igual en número, no sirve la sentencia; y si unos condenan al reo en mayor cantidad que los otros, debe prevalecer el voto de éstos como mas piadoso y equitativo (*e*).

455 Igualmente es nula la que el Juez lego pronuncia en pleyto intrincado y de gravedad sin consulta de Asesor letrado; mas no, si

(*a*) Ley 22 tit. 22. P. 3 y su glos. 3, 6 y 11 Salg. de Reg. protect. part. 2 cap. 13 n. 38 y Labyr. part. 3 cap. 1 n. 100. (*b*) Leyes 14 tit. 22, y 3 y 4 tit. 26 P. 3. (*c*) Leyes 32 tit. 2, y 9, 10, 15 y 22 tit. 22 P. 3. Salgad. de Reg. prot. part. 3. cap. 9 n. 20. (*d*) Ley 16 t. 22 P. 3. Salg. lug. cit. cap. 7 n. 225, cap. 8 n. 27 y cap. 9 n. 212 Parej. de Edition. tit. 5 resolut. 10 n. 50. Parlad. diff 70 nn. 10, 11 y 12. (*e*) Ley 17 tit. 22 P. 3.

consiste en penas de ordenanza y denuncias, pues para darla sobre ésto no necesita asesorarse (*a*): la que se da por testigos, instrumentos ú otras pruebas falsas, ó por haber corrompido al Juez con dádivas, si se justifica que por el soborno juzgó iniquamente y no de otra manera; y en este caso puede rescindirse dentro de 20 años, no despues, y el Juez incurre en la pena del triplo, y la que dió en virtud de juramento supletorio de una de las partes, siempre que la otra acredite con documentos legítimos que aquella se perjuró, y la certidumbre de su pretension (*b*).

456 Y es nula finalmente la sentencia dada en una instancia ó en otra diversa contra otra difinitiva de que no se apeló, la qual no puede revocarse ni rescindirse, aun quando lo consientan las partes, excepto que conste de su injusticia y se admita prueba sobre ésta. Lo mismo procede, aunque se haya apelado, si la apelacion se declaró por desierta. Pero si litigáron sobre si hubo ó no sentencia; el Juez declarase que no, y no apelaren, ó si apelan, se confirma la segunda, será ineficaz la primera (*c*).

457 La nulidad notoria que consta evidentemente de los autos, como quando la sentencia es contra ley ó fuero, naturaleza ó buenas costumbres, ó falta alguno de los Jueces nombrados para darla, ó espiró el tiempo prefinido para ello, ó la condenacion excede de la pena de la ley, ó contiene error de parte del Juez ó falta la contestacion de la demanda, ó las partes no son citadas para darla, ó fué venal, que es quando se corrompe al Juez con dádivas, ó quando se dió contra muerto, excepto en causa de traycion, ó la nulidad es por defecto de jurisdiccion; puede intentarse como perpetua en qualquier tiempo segun el derecho de las Partidas (*d*), aunque no se haya apelado de la sentencia y se intente contra tres conformes (*e*); y las demas nulidades se deben intentar dentro de los 60 dias siguientes al de la notificacion de aquella y no despues, procedase por via de accion ó excepcion (*f*). Pero siguiendo el dictámen del Señor Covarrubias (*g*) creo que todas deben intentarse dentro de los dichos 60 dias, porque la ley citada que es posterior á las de Partida, habla indistinta y

(*a*) Acev. ley 7 t. 28 lib 4 R. n. 105. Bobad. lib. 3 Polit. cap. 8 n. 255. (*b*) Leyes 13 y 24 t. 22, y 1 y 2 t. 26 P. 3. (*c*) Dicha ley 13 t. 22 y su glos. 2. ley 1 de Cod. Quando provocare non est. necesse. Cap. 9 de Sentent. & Re judicata. (*d*) Leyes 3, 4 y 5 t. 26 P. 3. (*e*) Acev. ley 2 tit. 17 lib. 4 R. nn. 25, &c. y 40 Gutier. lib. 1 Pract. q. 96. (*f*) Ley 2 cit. (*g*) Pract. cap. 25 n. 5. vers. Ego contra iam sententiam.

absolutamente; manda que despues de pasados no sea oido mas al litigante, que si dixere en ello que es nula, y se diese sentencia sobre esto ninguna de las partes pueda alegar nulidad de esta sentencia, y sí solamente apelar ó suplicar de ella, segun sea el Juez; y que de lo que se determine en estos grados ó instancias, tampoco haya ni se permita recurso de nulidad (*a*).

458 Sino se apeló de la sentencia, se ha de intentar su nulidad ante el mismo Juez de la causa, y si se apeló, ante su superior, caso que se apelase principalmente de ella y no por incidencia; pero si se apela solamente sobre el negocio, y se reserva el derecho de ventilar la nulidad ante el inferior, sin embargo de la apelacion se ha de tratar ante éste; y lo mismo procede, quando se intenta contra la execucion de la sentencia, de lo qual trata el Señor Covarrubias (*b*) (*).

459 La nulidad se ha de controvertir en contradictorio juicio con audiencia del colitigante, y miéntras se ventila, no corre el término de apelar, si se intentó ántes que éste espirase (*c*), lo qual es corriente en la práctica; y una vez interpuesta la nulidad dentro de los dichos 60 dias no pasa la sentencia en autoridad de cosa juzgada, aunque no se apele de ella, ó la apelacion se declare por desierta (*d*) (*).

(*a*) Leyes 1 y 2 tit. 25 P. 3, y dicha ley 2 R. (*b*) Pract. cap. 24 nn. 7 y 8, y cap. 25.

(*) Puede intentarse principalmente la nulidad en el tribunal superior por via de queja sin preceder ninguna gestion ante el Juez que dió la sentencia, aunque tambien podrá prepararse ante éste el recurso, indicando la nulidad de aquellas y concluyendo con la pretension de que para proponerle y mejorarle mas en forma en el tribunal superior se mande dar testimonio de la sentencia, y de dicha solicitud introducida en tiempo y forma. Ademas, es mucho mas conveniente á la parte interesada intentar la nulidad ante el Juez superior que ante el inferior: ya porque son muy raros los que conocen y quieren confesar sus yerros, y mucho ménos su malicia, por lo qual no debe ponerse á un Juez en el apuro de que viole nuevamente la justicia desestimando la nulidad propuesta; y ya porque en el caso inesperado de que el Juez inferior declare la nulidad de su sentencia, puede la otra parte apelar de ella »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.„ Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 1 nn. 21, 23, 34 y 36.

(*c*) Dichas leyes. Paz. tom. y part. 1 temp. 12 n. 9. (*d*) Parlad. lib. 2 cap. fin. part. 1 §. 1 n. 13 y diff. 70 nn. 3, 4 y 5.

(*) El Señor Conde de la Cañada es de sentir fundándose en varias leyes y

460 No puede intentarse nulidad de las sentencias dadas en el consejo, chancillerías y audiencias; ni suplicacion ni otro recurso de aquellas en que sus Ministros se declaran ó no por Jueces, ni la nulidad impide su execucion, aunque se alegue incompetencia y defecto; de jurisdiccion, conste aquella en el proceso ó en qualquiera forma, y así se han de llevar á debido efecto (*a*); ni tampoco puede intentarse nulidad de las sentencias de revista (*b*); pero sí de las de los Alcaldes de Corte que tienen provincia y conocen de lo civil, pues á éstos no se extiende lo dicho (*c*).

461 En ninguno de los casos referidos en el número anterior tiene lugar el remedio de la restitucion, inténtenle los menores y demas privilegiados, ó los mayores á quienes por causas justas la concede el derecho, por lo que no se deben volver á ver, suscitar, ni tratar con pretesto de nulidad, restitucion, ni otro los pleytos que se finalizáron con tales sentencias (*d*).

462 En los casos de suplicacion ordinaria y en los de segunda segun la ley de Segovia si se alega nulidad de las sentencias precedentes, se ha de reservar su decision para quando se dé sobre el negocio principal, no haciéndose ni formándose juicio separado sobre ella (*e*).

463 Aunque es válida la sentencia dada contra el menor de 25 años en pleyto que sigue con asistencia de su curador, no habiendo ninguno de los motivos expresados para que dexe de serlo, no obstante, si fué leso en ella; hace constar la lesion, y la sentencia se dió durante su menor edad, puede él, ó su curador ó procurador en su nombre con especial mandato pedir restitucion por via de excepcion ante el propio Juez, ó ante su superior, si se apeló de ella, dentro de los 25 años ó de los 4 siguientes. Esta restitucion se le debe conceder no mas de una vez en una causa, y ha de ventilarse con audiencia de

sólidas razones que el juicio de nulidad no debe impedir el curso de la apelacion ni suspender las facultades del Juez inferior en la causa principal, como opinan los autores; y asimismo pone de manifiesto que lo mas conforme á las leyes del reyno, y lo mas conveniente para el público y los litigantes es que juntamente se propongan la nulidad y la apelacion como principales para que se conozcan y decidan á un tiempo mismo una y otra en el tribunal superior, por cuyo medio se evitarian muchas instancias y dilaciones. Inst. Pract. part. 2 cap. 1 desde el n. 40 hasta el fin.

(*a*) Leyes 4 tit. 5 y 4 y 11 tit. 17 lib. 4 R. (*b*) Leyes 3, 4 y 11 tit. 17 lib. 4 R. (*c*) Auto 13 tit. 6 lib. 2 R. (*d*) Dicha ley 11. (*e*) Ley 4 cit. cerca del fin. tit. 17.

su contrario, quien si quiere, puede gozar del término de la restitucion, y probar en él lo que le convenga igualmente que el menor, no pudiéndose hacer otra cosa entre tanto: de suerte que por la restitucion pedida en el tiempo y forma expuestos vuelve el pleyto á su principio abriéndose nuevamente el juicio. Pero no ha lugar á la restitucion, quando la sentencia se pronunció despues de su menor edad, aunque el pleyto se principiase dentro de ésta, ni tampoco quando es nula *ipsojure*, porque en este caso, como no hay materia sobre que recaiga la restitucion, por no haber sentencia, se ha de intentar solamente la nulidad (*a*).

464 Pueden decir tambien de nulidad la iglesia y concejo, quando no se les mandó nombrar defensor, ó no se les citó; mas no, si habiéndolos emplazado el Juez, no quisiéron, el segundo enviar su Síndico, y la primera ó su Prelado comparecer en el juicio (*b*), porque de permitírselo estaria en su mano burlarse del Juez, eludir el proceso, y nunca comparecerian á defenderse, por lo que les perjudicará la sentencia: lo qual no milita en el menor que no está provisto de curador, pues si teniendo edad para nombrarle, no quiere hacerlo, se puede nombrar el Juez, aunque lo resista, y con él se han de sustanciar los autos (*c*).

465 Siendo lesos en la sentencia ó contrato la iglesia, comunidad ó concejo, deben pedir la restitucion dentro de los quatro años siguientes á su fecha, y si la lesion es enorme, les concede el derecho (*d*) 30 para ello. Los mismos concede al Rey como cabeza del comun del reyno, quando es leso (*e*); pues el Rey puede poseer tres clases de bienes: unos como persona privada, otros que tocan y son perpétuamente de su Real patrimonio y otros que recaen en su Real cámara ó fisco por condenaciones, ó por falta de parientes dentro del grado legal: los de las dos últimas clases que llaman fiscales, gozan del privilegio, pero por los de la primera ninguno mas le compete que á qualquiera persona privada (*f*).

466 Si quieren gozar del beneficio de la restitucion por haberse prescripto aquellas cosas suyas que pueden perder por tiempo de 40 años, es preciso que le pidan dentro de 4 despues de éstos, pues pa-

(*a*) Leyes 1, 2 y 3 tit. 25 P. 3 y 8 y 9 tit. 19 P. 6. (*b*) Greg. Lóp. ley 1 tit. 25 P. 3 glos. 5 (*c*) Cap. fin. de Sede vacante cap. 5 de In integrum restit. Gregor. Lop. lug. cit. (*d*) Ley fin. tit. 19 P. 6 (*e*) Dicha ley fin. (*f*) Greg. Lop. ley 1 tit. 17 P. 2 glos. 4 y ley final. cit. glos. 2 Carlev. de Judic. tit. 1 disp. 1 n. 701.

sados no tiene lugar (*a*): siendo de advertir, que las alcabalas, pechos y tributos Reales nunca prescriben, ni las cosas sagradas ni religiosas, ni tampoco las del uso comun de los pueblos como dehesas, exidos, caminos y otras semejantes (*b*).

467 Regularmente hablando no perjudica á los que no fuéron citados, la sentencia dada entre otros (*c*), porque ninguno debe ser condenado por lo que no hace ni aprueba (*d*), y así el reconocimiento de la deuda, ó su pago hecho por uno de los herederos del difunto no daña á los coherederos que la niegan, sino es que el acreedor la pruebe por otro medio (*e*): ni la transaccion hecha con uno perjudica al ausente (*f*), ni el hermano á su hermano en lo que executa sin mandato suyo (*g*), ni la dada contra uno, á su conjunto que no le mandó litigar, ni lo aprobó, ni se obligó á tenerla por firme (*h*): ni la dada contra un legatario daña al colegatario que tiene igual derecho, y mucho ménos al heredero (*i*); aunque por el contrario la que se pronuncia contra éste que dixoser inoficioso el testamento, dañará al legatario (*k*) (*): ni en causa criminal la que se dió contra un reo, perjudica al correo (*l*); y por lo mismo que no daña á los unos, tampoco aprovecha á los otros, y en otros casos semejantes (*m*); de suerte que el tercero puede apelar de la sentencia dada entre otros en lo que toque, y se le debe admitir la apelacion, manifestando y aprobando al ménos sumariamente su derecho, y que se le causa perjuicio (*n*). Asimismo no perjudica al coheredero la pronunciada contra el heredero, aunque sea sabedor del pleyto, pues uno de ellos puede ser condenado y el otro no (*o*).

468 Dixe, regularmente hablando, porque esta regla padece sus limitaciones, y de consiguiente hay varios casos en que la sentencia dada contra unos daña ó aprovecha á otros, aunque no sean citados. El primero es, quando compete á uno primariamente alguna accion

(*a*) Ley 7 tit. 29 P. 3. (*b*) Leyes 6 y 7 tit. 29 cit. 1 y 2 tit. 15 lib. 4 2 tit. 13 lib. 6 y 1 tit. 18 lib. 9 R. (*c*) Ley 20 tit. 22 P. 3. (*d*) Regla 18 tit. 34 P. 7. (*e*) Ley 1 Cod. Res inter alios. (*f*) Ley 2 sig. (*g*) Ley 3 sig. (*h*) Ley 1 Cod. Quibus re judicata. (*i*) Ley 1 ff. de Except. rei judicat. (*k*) Ley 8 §. 16 ff. de Inofficios. testam.

(*) La sentencia en que se declare ser inoficioso el testamento, no puede perjudicar al legatario, puesto que segun las leyes patrias vale aquel sin institucion de heredero, ó aunque se tenga por nula la hecha.

(*l*) Ley 3 Cod. Quibus re judicata. (*m*) Ley 2 Cod. del mismo tit. (*n*) Ley 5 ff. de Appellation. y cap. 17 de Sentent. & re judicat. (*o*) Leyes 24 ff. de Inof. testam. y 13 Cod. del mismo tit.

ó excepcion, y permite que el siguiente á quien toca secundariamente, litigue, y no lo protesta; pues la sentencia dada contra éste perjudica al primero, porque se presume que lo hace con su consentimiento (*a*) (*); ó quando dos se constituyen deudores de mancomun de otro, ó se prometió á entrámbos alguna cosa, de manera que cada uno la pudiese demandar en el todo, en cuyo caso la sentencia á favor ó contra el uno aprovecha ó perjudica al otro (*b*). El segundo es, en las causas connexâs: v. gr. la sentencia dada contra el ordenado indignamente perjudica al ordenante (*c*). El tercero es, en la cosa individua y comun á dos ó mas, en las servidumbres y cosas correlativas, pues si se da á favor de uno, aprovecha á los otros, ó por el contrario, porque la sentencia no puede ser válida en parte y en parte no (*d*). El quarto, en la cosa comun con el pupilo, aunque no sea individua, pues quien posee con él algun fundo, retiene la servidumbre que se debe á éste, aun quando no la use (*e*); y así como contra el menor no corre la prescripcion, así tampoco contra el mayor que tiene comunidad con él en alguna finca (*f*), y el quinto caso es, quando la sentencia se da contra uno sobre cosa en que compete á muchos insólidum algun derecho como en las acciones populares (*g*).

469 La execucion de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó confirmada por tribunal superior toca al Juez inferior que la pronunció, si es ordinario, quien siendo mueble ó raiz la cosa li-

(*a*) Ley pen. ff. de Re judicat.

(*) „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.„ Asimismo, quando se dan las sentencias „contra los que tienen un derecho secundario y accion mas remota en lo que se controvierte y defiende„ perjudica á los principales que tienen en lo mismo un derecho primario, siempre que éstos sepan y toleren que se siga el pleyto con aquellos, y que el derecho primario de los unos proceda de los otros á quienes se permite litigar. Por tanto si un marido sufre que su suegro, suegra ó muger defienda en juicio alguna de las cosas dadas por razon de casamiento, le perjudicará la sentencia. Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 1 cap. 12 nn. 39, 51, 54 y 56.

(*b*) Ley 20 tit. 22 P. 3. (*c*) Canon 3 quæst. 6. Canon Tantis Daniel distinct. 81. (*d*) Ley 4 §. 3 ff. Si servitus vindicetur. Cap. 72 de Appellation. (*e*) Ley 10 §. 1 ff. Quemadmodum servitutes amitt. (*f*) Cap. 12 de Sepult. (*g*) Ley 3 ff. de Popular action. Altimari de Nullitat. sententiar. tom. 1 q. 27 n. 16. Otros varios casos traen las leyes 20 y 21 tit. 22 P. 3, y Greg. Lop. en sus glosas.

tigiosa, de mandar entregarla á su dueño dentro de tercero dia, y siendo dinero, dentro diez (*a*) (*). Y si alguno tuviese la osadía de impedir dicha execucion con armas ó de otro modo violento, á mas de otras penas establecidas por derecho incurre en la de perdimiento de la mitad de sus bienes aplicada á la Real Cámara (*b*).

470 Si el Juez que dió la sentencia, es Delegado del Papa ó algun otro Soberano, puede executarla por sí ó por otro (*c*); y lo mismo ha de decirse, si lo es de Obispo ó de otro personage inferior, aunque hay variedad de opiniones sobre esto (*d*); pues por el hecho de cometerse el conocimiento de una causa al Delegado se entiende serle cometidas todas las cosas que le pertenecen, sin las quales no puede quedar expedida y concluida, y así se ha de atender á las facultades de su comision (*e*).

(*a*) Leyes 33 tit. 4 lib. 3 y 6 tit. 17 lib. 4 R.

(*) „Los plazos de 10 dias para pagar la deuda de dineros, y los 3 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 10 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 3 dias para executar la entrega al dueño de ellos. Esto es lo que dispone la *ley 7 tit. 3 P. 3 la 5 tit. 27 de la misma Part...*„

„Esta práctica manifiesta... que para prorogar los plazos de 10 y de 3 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.„ Sr. Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 13 nn. 8 y 12.

(*b*) Ley 8 tit. 17 lib. 4 R. (*c*) Cap. 9, 26 y 28 §. 2 de Offic. delegat. Menoch. de Arbitr. lib. 1 q. 74 n. 48. (*d*) Reiff. lib. 1 tit. 29 de Offic. & potest. judic. deleg. §. 2 nn. 45 y sig. y §. 5 n. 110. (*e*) Cap. 5 y 39 de Offic. delegat.

§. FINAL.

Del modo de extender las diligencias que ocurren en el juicio civil ordinario.

471 *Demanda de reivindicacion.* F. en nombre de N. D. vecino de tal villa y en virtud de su poder, de quien en debida forma presento copia testimoniada, ante V. como mejor proceda de derecho, y sin perjuicio de qualquiera otro que en el asunto que aquí se expresa, le competa, del qual protesto usar donde, contra quien y del modo que mas le convenga = digo, que por fallecimiento de D. P. padre de dicho Don N. recayéron en éste como su hijo único y varon legítimo todos los mayorazgos que poseia, entre los quales se comprehende el que fundó J. en tantos de tal mes y año ante tal Escribano, en cabeza de M. su sobrino y séptimo abuelo de mi parte, de tales casas, tales tierras, tales olivares, un molino con su batan en la ribera de tal rio y término de esta villa, y otros varios bienes raices situados en las de tal y tal, como consta de la escritura de fundacion, de que igualmente presento copia legalizada con la solemnidad necesaria: que habiendo quedado mi parte en la edad de 8 años tomó á su nombre posesion de todos los mayorazgos en fundaciones Doña G. su madre como su tutora, segun acredita el testimonio que asimismo presento, y como tal los estuvo administrando por medio de sus apoderados durante la citada menor edad; y que habiendo salido de ella mi parte, como evidencia la certificacion de bautismo legalizada que tambien presento, advirtió que no solo no habia percibido su madre las rentas de tales bienes, &c. sino que los estaban poseyendo pro indiviso F. vecino de esta villa y F. que lo es de la de tal, su hermano, á quienes reconvino mi parte extrajudicialmente manifestasen el título legítimo con que los poseian, ó le reconociesen por poseedor legal, pagando los frutos y rentas que produxéron desde la muerte de su padre, y no quisiéron asentir ni á uno ni á otro, pretextando haberlos heredado y poseido sus mayores con títulos verdaderos de tiempo inmemorial: en cuya atencion, en la de que no pueden tener documento que califique haberse desmembrado legítima y justamente del mayorazgo, y los constituya dueños; y en la de que sin preceder facultad Real no debiéron haberse verdido ni enagenado, por lo qual es corriente que compete á mi parte su reivindicacion; para que ésta se consiga = A V. suplico se sirva haber por presentados el poder, fundacion, testimonio de posesion y partida referidos, y por lo que resulta de ellos, declarar que los expresados bienes han tocado y pertenecido, tocan y pertenecen en posesion y propiedad al dicho mayorazgo fundado por, &c. y al mencionado D. N. mi parte como su poseedor legítimo con todos sus frutos, rentas y aprovechamientos, condenando en su conseqüencia á los citados F. y F. como detentadores á que se los restituyan con todos los que produxéron no solo desde la muerte del padre de mi parte, de quien es único heredero, sino tambien en todo el tiempo que vivió, y en las costas de este pleyto, sobre lo qual y cada cosa les pongo demanda formal con la protesta de corregirla, suplirla y ampliarla, conforme haya lugar en justicia que pido jurando lo necesario.

Otrosí: mediante hallarse domiciliado el mencionado F. en tal villa = A V. suplico se sirva mandar expedir requisitoria de emplazamiento cometida á la Justicia de ella con término perentorio, para que se le haga saber en su persona esta demanda; y no pudiendo ser habido, á su muger, hijos, criados, ó veci-

nos inmediatos, dexándoles memoria por escrito con la competente expresion de ella y de la requisitoria que se expida, y poniéndolo todo por fé y diligencia á su continuacion, á fin de que le pare el perjuicio á que haya lugar: pido como ántes. Lic. D. F. &c.

472 *Auto.* Hanse por presentados los documentos que se refieren: en quanto á lo principal traslado á F. y F. y por lo respectivo al otrosí librese la requisitoria que se pide con término de 15 dias perentorios. El Señor D N. Alcalde mayor de esta villa de tal lo mandó á tantos de tal mes y año, &c.

473 *Notificacion.* En tal villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué á F. vecino de ella en su persona el auto de traslado antecedente, de que quedó enterado: doy fé. = F. de tal.

474 *Requisitoria para notificar la demanda.* Yo el Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos y Alcalde mayor de esta villa de tal hago saber á los Señores Jueces de la de tal, ante quienes se presentare este despacho requisitorio y pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por el oficio del presente Escribano D. F. vecino de tal lugar con presentacion de varios documentos dió un pedimento, cuyo tenor y del auto que provei á él, es el siguiente. (*Se insertan en párrafo aparte el pedimento y auto, y luego prosigue*).

Concuerdan el pedimento y auto insertos con los originales que se hallan en el oficio del infrascripto Escribano juntamente con los documentos que se citan en ellos; y en conformidad de lo proveido expido el presente despacho, con el qual en nombre de S. M. cuya jurisdiccion exerzo, exôrto y requiero á dichos Señores Jueces, y por mi parte les pido y encargo que presentándosele qualquiera persona en nombre del mencionado D. N. sin pedirle poder ni otro recado alguno le manden aceptar y cumplir, y en su conseqüencia que qualquiera Escribano de S. M. haga saber á F. de tal uno de los reconvenidos en el pedimento, el expresado auto para que dentro de los 15 dias siguientes al de su notificacion que por tres términos y el último perentorio le prefino, comparezca por sí ó por su Procurador con suficiente poder ante mí y en dicho oficio á decir y alegar lo que convenga á su derecho; pues le oiré y guardaré justicia en lo que la tuviere, apercibiéndole que si pasare dicho término sin haber comparecido, procederé á substanciar y determinar la causa conforme á derecho sin le citar ni emplazar mas, y los actos y diligencias que ocurran en su curso, se harán y notificarán por su ausencia y rebeldía en los estrados de mi audiencia, y le pararán el mismo perjuicio que si se notificasen personalmente. En caso de no hallarse en esta villa ó no poder ser habido el citado F. se dexará memoria con relacion del contenido de este despacho á su muger, hijos, criados ó vecinos mas cercanos, para que se le participen y no alegue ignorancia, poniendo por diligencia el dia y la persona á quien se entregó; y evacuado le devolverán con los originales que en su virtud se practiquen, á la persona que le presente, para que se me entregue, y en su vista haga justicia, que en hacerlo así la administrarán dichos Señores Jueces, y yo corresponderé en observancia de ella siempre que se me presenten sus despachos. Dado en tal parte á tantos, &c. Lic. D. F. = Por su mandado = F.

475 *Auto dando cumplimiento á la requisitoria.* Sin perjuicio de la Real jurisdiccion que su mrd. exerce, cúmplase en todo la requisitoria precedente, y en su conseqüencia practique el presente Escribano ú otro de este juzgado las diligencias que previene. El Señor D. F. &c.

476 Este auto se notifica al sugeto con quien habla, y pasados los 3 dias contados desde el dia de su notificacion exclusive, si no pidiere retencion del

despacho, se pone el auto de remision y devolucion diciendo: »mediante estar evacuadas las diligencias prevenidas en el despacho anterior entreguése con ellas á la parte que le presentó, para que le devuelva al juzgado de donde se expidió. El Señor D. F. &c.» Si pide que se le entregue por tener que excepcionar contra él, se le entrega, y de lo que exponga se comunica traslado al demandante: éste se evacua, y de su respuesta se da tambien traslado al demandado, quien concluye: el Juez ha por concluso el incidente, llama los autos, y en vista de lo alegado por ámbos, ó declara no haber lugar á la retencion del despacho, mandando se entregue á la parte que le presentó, y que el emplazado acuda ante el Juez requirente á usar de su derecho; ó se declara por Juez legítimo para el conocimiento de la causa principal en virtud de las excepciones y motivos que alegó el emplazado, y manda que el demandante use en su juzgado del derecho que le competa, reteniéndose á este efecto en él el despacho; de cuyos autos se puede apelar y la apelacion se sigue en la forma regular. Pero aunque la requisitoria contenga la cláusula puesta en el n. 114, si el que la presenta no es el mismo interesado, y se suscita el incidente sobre su retencion, no se le debe tener por parte para seguirle sin poder suyo, porque con la requisitoria solamente se le autoriza para practicar las diligencias conducentes á su cumplimiento, no para otra cosa ni incidente que ocurra. Y si el emplazado es personage, debe preceder recado político á la notificacion ó citacion, y expresarse en el auto, porque la urbanidad no se opone á la justicia; y aunque el auto no lo exprese, debe darle al Escribano.

477 Si los despachos requisitorios se dirigen á Galicia, ó á otra provincia donde hay Virey, debe decirse: »Yo el Lic. D. F. &c. hago saber al Excelentísimo Señor Virey y Capitan General del reyno, de &c. Presidente de su Real Audiencia, á los Señores Regente y Oidores de ella, y á todos los Corregidores, Gobernadores, Alcaldes mayores, Ordinarios y demas Jueces de dicho reyno ante quienes se presentare esta mi requisitoria, &c.» Si son para Navarra, han de hablar con el Virey y Capitan General de su reyno, su Lugar Teniente, y con los muy ilustres del Consejo, y Chancillería del mismo reyno, y demas Jueces, &c. Si para Cataluña, con el Excelentísimo Señor Gobernador y Capitan General de su principado, y Presidente de su Real Audiencia que reside en la Ciudad de Barcelona, y con los Señores Regente y Oidores de ella, Corregidores, Gobernadores, y demas Jueces, &c; y lo mismo yendo á otra ciudad donde haya Gobernador y Capitan General, y no Virey, sea de esta península, ó de las Indias, si para el principado de Asturias, con el Señor Regente y Oidores de su Real Audiencia: si para Sevilla, con el Regente y Oidores de su Real Audiencia, su Asistente y demas Jueces, &c.

478 Si el demandado ocurre por Procurador á mostrarse parte en los autos, ha de presentar este poder, porque de no hacerlo ni se le tendrá por tal en ellos, ni se mandará que se le entreguen hasta que le presente, y así se pone este auto. »Presentando esta parte poder suficiente se le ha por tal en los autos, y hecha la presentacion entréguensele por el término ordinario.» De ellos debe dexar conocimiento ó recibo en el oficio para su resguardo y poderle apremiar á su vuelta. Si forma artículo de no contestar dentro del término legal y se desprecia (pues pocos se ganan absolutamente, se debe poner este auto). »Sin embargo de lo expuesto y alegado, y del artículo introducido por F. notifíquesele que dentro de tercer dia conteste á la demanda puesta por F. en tal, con apercibimiento de que pasado sin haberlo hecho se declarará por contestada, y se procederá á lo demas que haya lugar. Con vista de autos lo mandó el Señor D. &c.»

Si ha espirado el término de contestar, se ha de poner éste. »No ha lugar al artículo introducido por parte de F. se declara por contestada la demanda, y se reciben estos autos á prueba por término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se ha de hacer saber. Con vista de autos lo mandó, &c.» Si contesta, da pedimento en la forma siguiente.

479 *Pedimento de contestacion* F. en nombre de F. y F. hermanos, y en virtud de poder suyo que tengo presentado, en los autos con D. N. vecino de tal villa sobre el dominio de tales bienes que dice partenecer al mayorazgo que posee y fundó F. y haberse segregado de él indebidamente; usando del traslado que se me comunicó de su demanda y respondiendo á ella = digo: que sin embargo de quanto expone y resulta de los documentos con que la acompaña, V. se ha de servir en justicia no solo desestimarla y absolver á mis partes sino tambien imponer perpétuo silencio á la contraria y condenarla en las costas de este pleyto; pues así debe hacerse por lo que que aquí se expondrá, y por los documentos que han de presentarse (*Se exponen los fundamentos en que se afianza la pretension, y se producen los documentos que haya de pronto, y prosigue el pedimento*). Por todo lo qual y por lo demas que se justificará á su debido tiempo, como protesto. = A V. suplico se sirva haber por presentados dichos testimonios (*ó lo que sea*), y en su vista proveer, como he pretendido, y es justicia que pido jurando lo necesario.

480 *Auto.* Por presentados los documentos que se expresan: traslado á la otra parte. El Sr. D. F. &c.

481 Este auto se notifica al demandante, quien en su vista toma los autos, y si quiere, replica contra las excepciones perentorias que oponga el demandado, y si no, concluye para los efectos á que haya lugar, que es para prueba, segun el estado del pleyto. Puede poner la conclusion á continuacion del mismo auto, segun se practica en esta corte, y si no, por pedimento como el siguiente.

482 *Pedimento de conclusion.* F. en nombre de D. N. en los autos con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes al mayorazgo que posee y fundó F. ante V. como mas haya lugar = digo: que de la demanda de mi parte se comunicó traslado á las otras, y habiéndola éstas contestado se me ha hecho saber su contestacion; y para que no se retarde el curso de este pleyto, mediante ser por su naturaleza ordinario y deber recibirse á prueba, desde luego negando y contradiciendo quanto se expone en contrario, y afirmándome en lo dicho por la mia, concluyo para los efectos á que haya lugar, cesante qualquiera novedad. En esta atencion = A V. suplico se sirva haber estos autos por conclusos legitimamente, y proveer lo que corresponda en justicia que pido.

483 *Auto.* Hánse por conclusos estos autos quanto ha lugar en derecho, y traiganse citadas las partes para proveer lo conveniente. El Sr. D. F. &c.

484 Este auto se debe hacer saber á las partes, para que les conste que el pleyto se halla concluso, y que el Juez ha llamado los autos para proveer segun su estado y naturaleza lo que corresponda; pero en esta corte como la conclusion se pone á continuacion del auto de traslado, se omite poner otro auto habiendo el pleyto por concluso, y solo se cita con la conclusion á la otra parte ó partes; acerca de lo qual véase lo explicado en los nn. 414 y 416, pues en el modo de substanciar se deberá seguir el estilo del tribunal del juicio que no sea opuesto á derecho. Dentro de 6 dias á lo mas segun la ley despues de la citacion con la conclusion ó en la primera audiencia, segun quiera el Juez, y se acostumbre en su juzgado, ha de recibir el pleyto á prueba por medio de auto, el qual se debe hacer saber á los litigantes para que hagan la que les

convenga. Si el reo no contesta la demanda, ni pide los autos, le ha de acusar el actor la rebeldía, y pedir que el Juez la haya por acusada y el pleyto por concluso; á lo que ha de deferir, ó mandar se le vuelva á notificar en los términos expresados en el n. 133. Y si no obstante la acusacion los pide debe mandar que sin embargo de ella y de su estado se le entreguen por el término ordinario, y luego á su tiempo recibirlos á prueba. El auto y las probanzas se extienden en la forma siguiente.

485 *Auto de prueba.* Recibese este pleyto á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, y hágaseles saber. Con vista de autos lo mandó el Sr. D. F. &c.

486 Quando el demandado no compareció, y el demandante le acusa la rebeldía, pidiendo que los autos se hayan por conclusos y se substancien en estrados, se pone este auto. »Por acusada la rebeldía: recibese este pleyto á prueba con término de tantos dias comunes á las partes, á quienes se ha de hacer saber; y mediante no haber comparecido la de F. demandado, en su ausencia y rebeldía se notifiquen y hagan en los estrados de la audiencia de su mrd. los autos y diligencias que ocurran. Con vista de ellos lo mandó el Señor, &c.» Las notificaciones se extienden así.

487 *Notificaciones.* En tal parte, tal dia, mes y año yo el Escribano notifiqué el auto precedente á F. demandante en su persona, y por la ausencia y rebeldía de F. demandado publiqué el mismo auto en los estrados de la audiencia del Señor Juez que le ha proveído. Doy fé = F.

488 *Interrogatorio.* Los testigos que se presentáren por parte de Don N. en el pleyto que se sigue con F. y F. sobre la propiedad de varios bienes pertenecientes á su mayorazgo, serán exâminados al tenor de las preguntas siguientes.

Primeramente serán preguntados por el conocimiento de las partes, noticia de este pleyto y demas generales de la ley: digan y den razon, &c.

Mas, si saben, han visto ú oido y tienen entendido que, &c.

Mas, de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion: digan, &c.

489 *Pedimento presentando el interrogatorio.* F. en nombre de Don N. vecino de tal parte, en los autos con F. y F. sobre la propiedad de tales bienes = digo: que estos autos se recibiéron á prueba por el proveido en tantos de este mes con término de tantos dias comunes á las partes, y para la que intenta hacer la mia, presento interrogatorio: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por presentado, y mandar que á su tenor y con citacion contraria se exâminen los testigos que mi parte presente, á cuyos dichos protesto estar solo en lo favorable, y que en caso de excusarse á deponer lo que sepan, sean apremiados á ello, dando para todo comision á qualquiera Escribano de S. M. como es de justicia que pido.

Otrosí: mediante que algunos de los testigos de que mi parte intenta valerse, se hallan en tal pueblo = A V. suplico se sirva expedir requisitoria á sus Justicias, para que ante Escribano y en forma los exâminen al tenor de dicho interrogatorio que se insertará en ella, dándoles comision á este efecto y para que procedan con apremio en lo que sea necesario, y mandando que se cite con la requisitoria á las otras partes para que presencien su juramento, si quieren: pido como ántes.

Otrosí: atento á que por las partes contrarias se redarguyó de falsa civilmente la copia de la fundacion del mayorazgo que posee la mia, y presenté

con su demanda = A V. suplico se sirva mandar que con igual citacion se compruebe con su protocolo que está en el oficio de F. Escribano del Número de esta villa, para que no se dude de su contenido.

Otrosí.= A. V. suplico se sirva mandar que con la propia citacion se compulsen por dicho Escribano tal y tal instrumento que paran en sus protocolos, librando á este fin el correspondiente compulsorio.

Otrosí: respecto estar para espirar el término porque este pleyto se recibió á prueba.= A V. suplico se sirva prorogarle hasta los 80 dias de la ley, y mandar se haga saber la próroga á las partes.

490 *Auto.* En órden á lo principal y primer otrosí, se ha por presentado el interrogatorio en quanto es perteneciente: á su tenor y con citacion contraria exâmine el presente Escribano, á quien se da comision, los testigos que esta parte presentáre en este juzgado, y para los residentes en tal pueblo se libre la requisitoria que se solicita. Tocante al segundo otrosí, compruebe el mismo con la propia citacion la escritura de fundacion que se expresa, á cuyo fin se requiera á F. Escribano de este Número ponga de manifiesto el protocolo en que se halla. En quanto al tercero, expídase el compulsorio competente para el efecto que se pretende; y por lo respectivo al último otrosí, se proroga el término de prueba hasta los 80 dias de la ley: hágase saber. El Sr. D. F. &c.

491 *Citacion y notificaciones.* En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité con el auto anterior para los efectos que expresa en lo principal y tres otrosíes del pedimento á que fué proveido, á F. Procurador de F. y F. haciéndole saber, como tambien á F. que lo es de D. N. á cada uno en su persona, la próroga del término probatorio concedida en el mismo auto y solicitada en el último otrosí; y el expresado F. dixo que para conocer y ver juramentar los testigos que por parte de D. N. se presentáren, se le señalasen dias y horas, pues quiere hallarse presente: doy fé.

492 *Señalamiento de dias y horas para presentar testigos.* Incontinente yo el Escribano mediante la respuesta dada á la citacion que precede, señalé para juramentar los testigos que por parte de Don N. se presenten, las horas desde tal á tal de la mañana, y desde tal á tal de la tarde, en tal parage, desde hoy dia de la fecha, cuyo señalamiento hice saber al citado F. Procurador de F y F. como tambien á F. que lo es del expresado D. N. en sus personas, y quedáron enterados: doy fé.

493 *Requerimiento para la presentacion de testigos.* En tal dia á tantos de tal mes y año yo el Escribano requerí en persona á F. Procurador de D. F. presente los testigos de que pretenda valerse para la probanza que intenta hacer, y enterado, dixo, está pronto á su presentacion desde mañana á las horas señaladas: doy fé.

494 *Recepcion del juramento de testigos en presencia de las partes.* En tal parte, tal dia, mes y año F. Procurador de D. N. en conseqüencia del requerimiento que precede, y para la probanza que su parte pretende hacer en este pleyto, presentó por testigos á F. de tal, de tal exercicio, que expresó vivia en tal parte, á F. de tal oficio que dixo vivir en tal; y de ambos yo el Escribano en presencia de las partes, usando de la facultad que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hicléron con sus manos derechas, como se requiere, y baxo de él prometieron decir verdad quando sean exâminados, y lo que supiesen por ámbas partes sobre el hecho ó hechos litigiosos, aunque sobre ellos no sean preguntados, sin añadir, quitar, ocultar, ni tergiversar cosa alguna sino lo cierto como cierto y lo du-

doso como dudoso, segun lo sepan y entiendan: y lo firmáron ámbos juntos con F. Procurador de las otras partes: doy fé.

495 Si la parte contraria responde al tiempo de la citacion que quiere que el Juez juramente á los testigos, debe dar pedimento, y el Juez ha de hacer el señalamiento por auto que se notifica á los litigantes; y entónces el Escribano en la recepcion del juramento ha de decir que el Juez se le recibió ante él, y no que él se le recibe, debiendo rubricar la diligencia el mismo Juez, y firmarla tambien la parte, si está presente, para que no alegue que no la presenció, excepto que no sepa firmar, en cuyo caso se expresará que no sabe.

496 *Requisitoria para hacer probanza.* Yo el Licenciado D F. &c. hago saber á los Señores Corregidores, Asistente, Gobernadores, Alcaldes Mayores, Ordinarios y demas Ministros de Justicia, así de la ciudad de tal como de todas las demas ciudades, villas, y lugares de estos reynos y señoríos (1), ante quienes se presentáre esta mi requisitoria, y se pidiere su cumplimiento, que en mi juzgado y por ante el presente Escribano del Número se siguen autos á instancia de D. N. contra F. y F. vecinos de, &c. sobre la reivindicacion y propiedad de tales bienes, (*ó lo que sea*) los quales autos tuviéron principio en tal dia por demanda que presentó con varios documentos la parte del citado Don N. en la que haciendo expresion de tal y tal cosa, concluyó con la pretension de, &c. (*se expresará la introducida* (de cuya demanda comuniqué traslado á los demandados, quienes la contestáron; y conclusos los autos, por el que pronuncié en tal dia, los recibí á prueba por tantos comunes á las partes; y la del expresado D. N. pidió próroga hasta los ochenta de la ley, presentando al mismo tiempo interrogatorio y solicitando que á su tenor se exâminasen los testigos que produxese, y que respecto exîstir en esa ciudad algunos de que intentaba valerse, expidiese requisitoria para su exâmen, á la qual solicitud deferí en auto de tal dia, cuyo tenor, el del de prueba, sus notificaciones, demanda é interrogatorio es el siguiente (*Se inserta separadamente y por su órden todo lo relacionado, y luego prosigue la requisitoria.*)

Y para que tenga efecto mi último proveido, y lo solicitado por el dicho Don F. expido la presente requisitoria, por la que en nombre de S. M. cuya jurisdiccion exerzo, exhorto y requiero á los referidos Señores Jueces, y de mi parte les pido y encargo que presentándose qualquiera persona á nombre del expresado Don N. sin pedirle poder ni otro documento la manden cumplir, y en su conseqüencia mediante estar citada la parte de los referidos F. y F. que ante Escribano y en forma reciban juramento de todas las personas que como testigos presente la de dicho D. N. dentro del término de prueba que cumplirá en tal dia: que precedida su solemnidad las exâminen con separacion, preguntándoles al tenor de cada una de las preguntas del interrogatorio inserto, haciendo que den razon de sus dichos, de modo que no resulte confusion, y procediendo con apremio en lo que fuere necesario; y que evacuadas las manden entregar originales con esta mi requisitoria, cerradas y selladas á la persona que la presente, para que se me entreguen y provea en su vista lo que corresponda en justicia; pues en hacerlo asi la administrarán, y yo corresponderé en iguales términos, siem-

(1) En la cabeza de una requisitoria no deben nombrarse mas Jueces que aquellos á quienes se dirige; esto es, los del pueblo en donde han de practicarse las diligencias expresadas en la misma requisitoria; pues hay tanta necesidad de nombrar á los demas del reyno como al Gran Visir, al Chiaoux-Baschi, á los Kadileskieres y á los Cadís de Turquía.

pre que se me presenten las suyas. Fecha en tal parte á tantos de tal mes y año. Licenciado D. F.= Por su mandado.=F.

497 *Exámen de un testigo.* En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho del que dixo llamarse F. ser vecino de tal lugar y de tal oficio, testigo presentado por parte de Don N. para la probanza que intenta hacer en el pleyto que sigue contra F. y F. sobre tal cosa, el qual le hizo como se requiere, y baxo de él prometió decir con verdad, y lisa y llanamente todo quanto sepa y sea concerniente á los hechos de este pleyto por ámbas partes, aunque sobre ello no sea preguntado; y habiéndole exâminado al tenor de las preguntas del interrogatorio producido en estos autos y de cada una con separacion, respondió lo siguiente.

A la primera dixo: que conoce á las personas litigantes, (*ó solamente á F.*) que tiene noticia de este pleyto, (*ó no la tiene*) que no es pariente, amigo, ni enemigo de ninguna, ni ha sido intimidado, corrompido, ni sobornado para que oculte la verdad, y diga mentira, (*ó que es pariente en tal grado de quien le presenta, ó de entrambos litigantes, pero que no por eso dexará de decir la verdad*) que no tiene interes en este pleyto, ni desea que le gane sino quien tenga justicia: que no le tocan las demas generales de la ley de que le instruí; y que es de tantos años poco mas ó ménos.

A la segunda dixo: que sabe tal cosa por tal razon.

A la tercera dixo: que ignora su contenido.

A la última dixo: que lo que dexa declarado, es público y notorio, pública voz y fama en tal parte; y que todo es la verdad baxo del juramento hecho en que se afirma y ratifica, y lo firma: (*ó no lo firma, porque dixo no saber*) de todo lo qual doy fé.

498 *Pedimento para que se nombren intérpretes, con quienes se evacuen declaraciones de testigos extrangeros.* F. en nombre de Don F. en los autos con F. y F. sobre tal cosa=digo: que habiéndose recibido este pleyto á prueba, para la que mi parte intenta hacer, presenté interrogatorio, á cuyo tenor se mandáron exâminar los testigos que presentase, de los quales dos llamados F. y F. son Alemanes, y por no entender su idioma el Escribano comisionado, ni ellos el castellano, no los ha exâminado: en cuya atencion para que mi parte no quede indefensa, ni dexe de acreditar su justicia por esta causa=A V. suplico se sirva nombrar dos intérpretes que entiendan y hablen ámbos idiomas, por medio de los quales, precedida su aceptacion y juramento, sean exâminados ante dicho Escribano los referidos testigos.

499 *Auto.* Para el efecto que se expresa, se nombran por intérpretes á F. y F. de nacion Alemana: notifíqueseles acepten este nombramiento y juren evacuar fielmente el encargo que por él se les hace, y hecho, procédase á exâminar á F. y F. segun se pretende. El Señor D. F. lo mandó, &c.

500 *Aceptacion de los intérpretes.* En tal parte á tantos, &c. yo el Escribano notifiqué el auto antecedente y nombramiento que incluye, á F. y F. de nacion Alemanes, y enterados dixéron: le aceptan y juran por Dios nuestro Señor y una señal de cruz que hiciéron con sus manos derechas, desempeñar bien y fielmente el cargo de intérpretes, á cuyo fin están prontos á concurrir al exámen y declaraciones que han de hacer F. y F. de la misma nacion: esto respondiéron y lo firman: doy fé.

501 *Exámen de un testigo con asistencia de intérpretes.* En tal parte, &c. á conseqüencia de lo que se manda en el auto precedente, y á continuacion de

la probanza que en estos pretende hacer F. presentó por testigo á F. de tal exercicio y de nacion Aleman, para cuyo exámen, por no hablar el idioma castellano, están nombrados por intérpretes F. y F. de la propia nacion, quienes baxo de juramento que tienen hecho ante mí, aseguráron usar bien y fielmente dicho cargo, y para su desempeño estando presente con ellos el citado F. yo el Escribano formé la señal de la cruz con mi mano derecha, y la misma formáron los intérpretes é hiciéron formar al testigo, y les dixe le preguntasen, si juraba por Dios y por la cruz decir la verdad lisa y llana de todo quanto supiese por ambas partes acerca de los hechos del pleyto, sobre que era presentado por testigo, aunque sobre ellos no fuese preguntado; y habiéndole hablado en su idioma, dixéron que se lo habian preguntado, y respondia que así lo juraba: en cuya atencion se procedió á exâminarle al tenor del interrogatorio producido, en la forma siguiente.

A la primera pregunta que leí á los intérpretes, y estos refiriéron al testigo, dixéron: respondia que conoce á los litigantes y tiene noticia de este pleyto: que de ninguno de ellos es amigo, ni enemigo, ni le tocan las demas generales de la ley, &c. y que es de tantos años de edad.

A la segunda que les leí y refiriéron en igual forma á dicho testigo, respondiéron; decia que sabe tal y tal cosa, y por tal y tal razon, &c.

A la última que tambien les leí y le refiriéron, dixéron: respondia tal y tal cosa, y que todo lo que habia declarado era lo que sabia, y la verdad en que se afirmaba y ratificaba baxo del referido juramento, lo qual firma con los intérpretes que aseguráron baxo del que tienen hecho, que todo lo que consta en esta declaracion, es lo mismo que ha depuesto el testigo, sin añadir, quitar, ni tergiversar cosa alguna; de todo lo qual doy fé.

502 Muchas veces se reciben informaciones de testigos sin citacion de partes por alguno de los motivos expuestos en los nn. 101, 102 y 103, ántes de principiar el pleyto ó de contestar la demanda; y para que aprovechen al sugeto, á cuya instancia se recibiéron, pretende que en el término de prueba se ratifique con citacion contraria y su ratificacion se extiende de esta suerte.

503 *Ratificacion de testigos* En tal parte, &c. Yo el Escribano en virtud de la comision que se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor, &c. de Pedro de tal, vecino de tal parte, de tal oficio, uno de los testigos que depusiéron en la informacion presentada en estos autos y recibida á instancia de F. y habiendo jurado, como se requiere, prometió decir verdad, &c. y habiéndole leido la declaracion que hizo tal dia ante F. Escribano, y se halla en tal pieza de los autos á tal fólio, enterado de ella, dixo: que su contenido es lo que depuso entónces con toda verdad, sin que se le ofrezca añadir, quitar, ni enmendar cosa alguna, y en ello se afirma y ratifica, y lo firma, expresando no comprehenderle las generales de la ley de que le instruí, y que es de tantos años de edad, de que doy fé.= *Si el testigo tuviere que añadir, quitar ó enmendar alguna cosa*, dirá: que el contenido de la citada declaracion es lo mismo que depuso, y ahora declara y añade tal cosa (*lo que sea*) de que no se acordó entónces; y en quanto á tal cosa dice que aunque en dicha declaracion depuso esto, (*lo que sea*) padeció equivocacion en tal y tal especie, pues lo que pasó fué tal y tal cosa, y en lo demas da por subsistente su primera declaracion, en la qual, y en lo que ahora expresa de nuevo y la corrige, se afirma y ratifica, y lo firma, &c.

504 Como á veces no se pueden ratificar en el término de prueba todos los testigos que se exâminaron ántes, á causa de haber muerto ó estar ausentes algu-

nos en paráges remotos, y la parte que los presentó, quiere valerse de sus dichos, porque convienen á su defensa, y por haberse exâminado sin citacion de la contraria no le perjudican; para que por esta causa no dexen de producir el debido efecto, ha de pretender que con la referida citacion se le reciba informacion de abono de los testigos muertos y ausentes, y el Juez ha de deferir á su solicitud. Las diligencias se practican en la forma siguiente.

505 *Pedimento para que se reciba informacion de abono de un testigo.* F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa= digo: que para la prueba intentada por mi parte pedí y se mandó que los testigos que depusiéron á su instancia sin citacion contraria en una informacion que se halla en estos autos, se ratificasen con ella, á lo qual se defirió en tantos de tal mes; y habiendo pasado el Escribano que entiende en la probanza, á su ratificacion, ha sabido que Pedro de tal uno de ellos ha muerto, (ó se ausentó de este pueblo y no se sabe su paradero) segun acreditan las diligencias hechas en su busca, ó la certificacion de su entierro que presento: en cuya atencion y para que dicha deposicion no sea inútil, ni mi parte quede indefensa= A V. suplico se sirva mandar recibir con dicha citacion informacion de abono que ofrezco del expresado Pedro, dando para ello comision á dicho Escribano, &c.

506 *Auto.* Por lo que resulta de las diligencias practicadas en busca de Pedro de tal, recíbase á esta parte con citacion de la otra la informacion que ofrece, por el Escribano que entiende en las de estos autos, á quien para ello se da comision en forma. El Señor Don F. &c.

507 *Declaracion de un testigo de abono.* En tal parte yo el Escribano en virtud de la comision que por el auto precedente se me ha conferido, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de Francisco de tal, testigo presentado por parte de F. para la informacion de abono que tiene ofrecida, y se le ha mandado dar, el qual le hizo como se requiere, prometiendo baxo de él decir la verdad en todo lo que supiese sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva= dixo que conoció de vista, trato y comunicacion á Pedro de tal, que le tuvo siempre por buen christiano, temeroso de Dios y hombre ingénuo, que por tal ha estado reputado en este pueblo, sin que nunca haya oido el declarante cosa en contrario, que en esta atencion tiene por cierto que en la declaracion que hizo tal dia á instancia de dicho F. depondria la verdad, y que por lo mismo se le debe dar entera fé: que le consta que el expresado Pedro falleció tal dia, porque asistió á su entierro, ó vió su cadáver; (*ó que se ausentó de este pueblo en tal tiempo, y se ignora su paradero, ó lo que sea*) y finalmente que todo lo que dexa declarado, es la verdad baxo del juramento que tiene hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firma, expresando ser de tantos años de edad, de que doy fé.

508 Estos testigos de abono son diferentes de los que se presentan para abonar ó afianzar á una persona y sus bienes para alguna administracion, tesorería ó cosa semejante, los quales son verdaderamente fiadores; y así en sus deposiciones han de decir que saben, y les consta que F. que les presenta es sugeto de notorio arraygo y abono en aquel pueblo: que tiene tales bienes que valdrán tanta cantidad en venta, y que no están afectos ni gravados con carga alguna, ó con mas carga que tal, (*la que sea*) y en el caso que no valgan, ó que lo estén, los abonan los testigos con los suyos presentes y futuros, obligándolos expresamente á la seguridad, fianza y responsabilidad de tal cosa, queriendo ser compelidos en via executiva y con todo rigor de derecho á la satisfaccion de lo que por dicha causa resulte deber el citado F. y para la que

no alcancen sus bienes, á cuyo efecto se constituyen sus fiadores y abonadores simples en forma legal.

509 *Mandamiento compulsorio.* Yo el Lic. D. F. Alcalde Mayor de esta villa de tal, &c. F. Escribano del Número de esta villa, siendo requerido con este mandamiento por parte de N. y hallándose en su poder y oficio los protocolos de escrituras que pasáron ante F. su antecesor, le dará á su continuacion copia integra de una carta de pago, (*ó lo que sea*) que ante él parece otorgó F. en tal dia, mes y año, la qual quiere y necesita para presentarla en el pleyto que sigue con F. ante mí y el presente Escribano sobre tal cosa; y lo ha de cumplir mediante estar citada la otra parte: (ó precediendo citacion con él á la otra parte) fecho en tal villa, á tantos, &c. Lic. F. = Por su mandado = Fulano.

510 Este mandamiento se entrega á la parte para que le ponga en poder del Escribano con quien habla, el qual á su continuacion hasta concluir el pliego, y luego en el papel sellado correspondiente, segun sea la clase del instrumento ó cosa que ha de compulsar ó metiendo dentro del mismo pliego algunos comunes, si cabe en ellos, extenderá el testimonio ó copia que se pide, en la forma siguiente.

511 *Forma de extender el testimonio ó copia que previene el mandamiento.* En virtud de lo que ordena el mandamiento anterior, yo F. Escribano del Número de esta villa, sucesor en el oficio que exerció F. doy fe que al fólio tantos del registro de escrituras que pare e pasáron ante él en tal año, se halla una, cuyo tenor es el siguiente: (*se inserta á la letra, y se pone el concuerda regular*). Si se hubiese de dar testimonio en relacion de algun pleyto, dirá: doy fé que ante tal Juez y en mi oficio se siguen autos, (*ó se han seguido*) á instancia de F. contra N. de esta vecindad sobre tal cosa, los quales tuviéron principio en tal dia, por pedimento que con tales documentos presentó el mismo F. haciendo relacion de tal y tal cosa, y concluyendo con tal pretension: de ella se comunicó traslado á N. quien solicitó tal cosa, y puestos los autos en estado se recibiéron á prueba por tanto término que se prorogo hasta los 80 dias de la ley, dentro de los que hizo cada litigante la que estimó convenirle con testigos é instrumentos; y hecha publicacion de probanzas alegaron de su justicia; y conclusos los autos para difinitiva se dió en ellos sentencia cuyo literal tenor con el de tal y tal cosa (*lo que pida la parte*) es el siguiente: (*Se insertará todo, y luego proseguirá*) Lo relacionado resulta mas difusamente de los autos, y lo inserto concuerda con lo que se halla en ellos, á que me remito; y todo queda en mi poder y oficio, y en cumplimiento de lo mandado en el compulsorio que precede, lo signo y firmo en tal parte, &c.

512 *Pedimento presentando una escritura para su comprobacion.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que por el proveido en tantos de tal mes se recibiéron á prueba por tantos dias comunes á las partes, y para hacer ver la justicia que asiste á la mia, presento un traslado de tal escritura que en tal dia otorgó P. ante M. Escribano: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por presentado, y mandar que con citacion contraria, para que no se dude de su legitimidad y veracidad, le compruebe el Escribano de estas diligencias con su protocolo que está en el oficio que exerce F. al qual se requiera le exhiba y ponga de manifiesto.

513 *Auto.* Compruebe el Escribano que entiende en estas diligencias, con citacion de la parte contraria la escritura que ésta presenta en la contor-

midad que solicita, á cuyo efecto F. Escribano hallándose en su poder el protocolo de ella, le exhiba. El S. D. F. &c.

514 *Citacion.* En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano cité en persona con el auto precedente á D. para el efecto que en él se refiere, y dixo está pronto á concurrir al cotejo ó comprobacion, señalándoseles dia y hora: doy fé, (*Se le señalará dia y hora, y pondrá el señalamiento y notificacion con él.*)

515 *Cotejo ó comprobacion de la escritura.* En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano estando presente D. uno de los litigantes en este pleyto, requerí á F. Escribano que me exhibiese el protocolo de la Escritura que se manda comprobar, y con efecto me exhibió uno en pergamino de las que parece pasáron ante F. su antecesor en tal año, con tantas fojas que al fin está signado y firmado por él; y en la página tantas se halla la que refiere el pedimento, y habiendo tomado el protocolo yo el Escribano, y el traslado producido el mencionado D. y leido éste por él, y yo atendido por aquel, advertimos estar bien y fielmente sacado dicho traslado sin defecto alguno, ó que en tal foja, plana primera, ó á su buelta, en tal linea donde dice tal cosa, debe decir tal, segun el contexto del mismo protocolo, con el que está conforme en todo lo demas; y para que conste, lo pongo por diligencia que con dicho D. firmo, de lo qual doy fé.

516 *Pedimento presentando papeles para que una de las partes los reconozca.* F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: que estos autos se han recibido á prueba por el de tantos, y para la que conduce á mi parte, presento dos cartas firmadas por B. padre de la contraria en tales dias de tal mes y año: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberlas por presentadas y mandar que el citado N. las reconozca baxo de juramento, declarando si las firmas puestas á su final son de propio puño y letra de su padre, y las que acostumbraba hacer, á lo qual se le apremie en caso necesario; pues evacuado que esto sea, protesto pedir lo que convenga á mi parte en justicia que es la que solicito.

517 *Auto.* Por presentadas las cartas que se expresan: N. las reconozca, segun se pretende, ante el Escribano que entiende en las diligencias de estos autos, apremiándosele á ello en caso necesario, y hecho, pida esta parte lo que le convenga. El Señor Don F. lo mandó, &c.

518 *Declaracion acerca del reconocimiento de las cartas.* En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano usando de la comision que se me ha conferido en el auto precedente, recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de N. mencionado en él, quien le hizo como se requiere prometiendo decir verdad, y habiéndole manifestado las cartas presentadas por parte de F. con fecha de tal y tal dia, vistas y reconocidas = dixo: que aunque parece que las firmas que contienen y dicen B. *de tal*, son semejantes á las que su difunto padre acostumbraba hacer, no puede afirmar, si son ó no de propio puño de éste, por no habérselas visto echar, ni ménos tiene noticia del contenido de las cartas en que se hallan. Esto es todo lo que asegura poder declarar con verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma y ratifica, firmándolo y expresando ser de tantos años de edad poco mas ó ménos, de que doy fe.

519 *Pedimento nombrando peritos para hacer cotejo de firmas.* F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: que para la prueba que mi parte intenta hacer, presenté dos cartas escritas y firmadas por B.

padre de la contraria, pretendiendo que las reconociese, y declarase, si las firmas que están á sus finales, eran del referido su padre, á lo qual se defirió; y habiéndoselas manifestado el Escribano de estas diligencias, no contestó afirmativa sino ambiguamente sobre su certeza; por lo que á fin de desvanecer toda duda de que son suyas, para su comprobacion nombro por mi parte á F. Maestro de primeras letras en esta villa: en cuya atencion = A V. suplico se sirva haberle por nombrado, mandando que la otra dentro de un breve y perentorio término que se le prefina: nombre otro perito por la suya, ó se conforme con el nombrado, y pasado se elija de oficio á su costa; como tambien que ámbos peritos baxo de juramento y con la citacion correspondiente hagan el cotejo de las citadas firmas, á cuyo efecto el presente Escribano les ponga de manifiesto tal y tal escritura otorgadas por el mencionado B. difunto que se hallan en su protocolo.

520 *Auto.* Para el cotejo y comprobacion que el pedimento refiere, se ha por nombrado por esta parte á F. Maestro de primeras letras: notifíquese á la otra que dentro de tercero dia perentório nombre otro perito por sí, ó se conforme con el propuesto, con apercibimiento de que pasado se nombrará de oficio á su costa; y hecho, evacuen ámbos peritos baxo de juramento con la citacion correspondiente el cotejo que se solicita, ante el presente Escribano, á cuyo fin hallándose en su poder las escrituras que se mencionan, se las manifieste, como se pretende. El Señor Don F. &c.

521 *Diligencia del cotejo y declaracion de los peritos.* En tal parte tal dia mes y año yo el Escribano recibí juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho de F. y F. Maestros de primeras letras en esta villa, quienes le hiciéron como se requiere, prometiendo baxo de él decir verdad, y habiéndoles manifestado las dos cartas presentadas en estos autos por F. y asimismo tal y tal escritura otorgadas ante mi en tal año por B. difunto = dixeron: que han visto y exâminado con toda atencion y cuidado así las firmas de las cartas como las de las dos escrituras, que segun sus caractéres, ayre de la letra, firmeza de pulso, y otras señales que advirtiéron en unas y otras, y en sus rúbricas, son hechas todas por un propio puño, en lo qual no les queda ninguna duda; y que esto es lo que pueden declarar segun su inteligencia y las reglas de su arte, y la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirman y ratifican, firmándolo y expresando ser el F. de tantos años, y el F. de tantos poco mas ó ménos de que doy fé.

522 Si se quisiere poner ántes de la declaracion la aceptacion del nombramiento y tambien el juramento, podrá hacerse reiterándolo en la declaracion, porque esto en nada altera la diligencia: previniendo que se ha de preguntar á todo perito la edad que tiene, y ha de ponerse, excepto que estén diputados públicamente para serlo, pues entónces no es necesario, ni tampoco que hagan juramento, si al tiempo de su ingreso y admision le hiciéron, como es regular.

523 *Requerimiento á las partes para que presenten mas testigos, si los tuvieren.* En tal parte á tantos, &c. yo el Escribano mediante estar para espirar el término porque se recibiéron estos autos á prueba, requerí á F. que si tenia mas testigos con que ampliar su probanza, los presentase ante mí para su exámen; y enterado dixo: que por ahora no quiere presentar mas, y que si lo tuviese por conveniente, los presentará ántes que espire el término: doy fé.

524 *Pedimento para la publicacion de probanza.* F. en nombre de D. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: que el término con que se recibiéron á prueba, y mucho mas se ha pasado por lo que = A V. suplico se sirva hacer

en ellos publicacion de probanzas por el término de la ley, para que las partes aleguen de su derecho y justicia.

525 *Auto.* Traslado á la otra parte. El Sr. D. F. &c.

526 *Notificacion.* En tal parte á tantos de tal mes y año yo el Escribano leí y notifiqué en persona el auto precedente á F. Procurador de F. doy fé.

527 *Pedimento acusando la rebeldía é insistiendo en que se haga la publicacion.* F. en nombre de F. en los autos con F. sobre tal cosa = digo: que habiendo espirado el término de prueba concedido en ellos, pretendí se hiciese publicacion de probanzas, de cuya solicitud se comunicó traslado á la parte contraria, la qual sin embargo de habérsele notificado y ser pasado el término en que debió responder á él, no lo ha hecho, por lo que le acuso la rebeldía, y = A V. suplico, se sirva haberla por acusada y deferir á la publicacion pretendida.

528 *Auto.* Por acusada la rebeldía: hácese en este pleyto publicacion de probanzas por el término de la ley, y hágase saber á las partes. El Señor D. F. &c.

529 *Pedimento de tachas y abono de testigos.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que de las probanzas hechas en ellos por las partes se hizo publicacion en tal dia; y mediante á que los testigos de que mi parte se valió, son fidedignos, sin vicio ni defecto alguno, y los presentados por la contraria á mas de no hacer prueba, como expondré á su tiempo, padecen varios defectos y tachas legales por las que deben ser despreciados sus dichos; para acreditarlas conviene al derecho de la mia que con citacion de la otra se le reciba informacion al tenor de los capítulos siguientes.

Si saben que Pedro es enemigo capital del referido N. mi parte por tal y tal causa, &c.

Si saben que Juan se perjuró en tal pleyto que F. siguió contra P en tal año, ante tal Juez y Escribano; y por este delito se le impuso tal pena, &c.

Si saben, &c.

Y para que á sus dichos y deposiciones no se les dé en juicio ningun crédito = A V. suplico se sirva admitir y estimar por legítimas las tachas y defectos que contienen las referidas preguntas: recibir esta causa á prueba de ellas por el término que estime competente con arreglo á la ley, y mandar que los testigos que depusieren acerca de su contenido y otros de que mi parte se valga, abonen los que ésta presentó en su prueba principal, declarando con juramento, como son personas timoratas y fidedignas, y que por tales han estado siempre y están reputadas entre todos, sin que jamas hayan oido cosa en contrario; y juro en forma de derecho no poner de malicia las referidas tachas, ni por infamar á los sugetos mencionados en ellas, sino solamente por convenir á la defensa de mi parte y á su justicia que pido.

530 *Auto primero.* Traslado á la otra parte. El Sr. D. F. Corregidor, &c. lo mandó en tal parte, &c.

531 *Auto de admision y prueba de tachas, y abono de testigos.* Sin embargo de lo expuesto por parte de D. se admiten quanto ha lugar en derecho las tachas propuestas á sus testigos por la de N. y se reciben á prueba por tantos dias comunes á entrambos litigantes, á quienes se cite y haga saber este auto, el qual sea asimismo para que en el propio término abone tambien el citado N. los suyos, apremiando, si fuere necesario á aquellos de que intente valerse, á que depongan lo que sepan acerca de los particulares del pedimento, para todo lo qual se da comision al Escribano de estas diligencias y alguacil de este juz-

gado. Con vista de autos lo mandó el Sr. D. F. Corregidor, &c.

532 Este auto se debe notificar á entrámbas partes, á la una para que pruebe las tachas que opone á los testigos de la contraria, y abone los suyos; y á la otra para que abone tambien los suyos tachados; justificando la falsedad de las tachas propuestas; y si quisiere, puede tachar tambien á los de la contraria en caso de que tengan algunas, proponiéndolas en forma. Si las tachas se proponen en interrogatorio, como se puede hacer; se habrá por presentado, y de él y del pedimento se ha de conferir traslado. Los testigos que se presenten, deben ser idóneos y fidedignos, y han de hacérseles las preguntas generales de la ley, edad, oficio y vecindad como á los del negocio principal, aunque en el pedimento ó interrogatorio no se exprese; pues sin embargo de que la ley no lo manda, es conveniente para que hagan plena fé y no se dude de su idoneidad ni de la verdad de sus deposiciones.

533 *Pedimento pretendiendo ampliacion del término de prueba por via de restitucion.* F. Curador de pleyto de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que habiendo espirado el término porque estos autos se recibiéron á prueba, se hizo en ellos publicacion de probanzas en tal dia, y por no haber tenido noticia de algunos testigos que conducen á su defensa (*ó por el motivo que haya*), no los presenté; en cuya atencion y en la de que al referido N. por ser menor, compete el beneficio de la restitucion contra el lapso del término = A V. suplico se sirva concedérsela y en su conseqüencia ampliar el término ordinario, porque este pleyto se recibió á prueba, por tantos dias que son su mitad, para que en ellos pueda justificar lo que omitió por la razon expuesta; pues así es justicia que pido, jurando en forma de derecho no pedir de malicia el referido término sino por convenir á la defensa de mi menor.

534 *Auto.* Mediante constar en estos autos la menor edad de N. y competirle por ella el beneficio de la restitucion se amplia el término por qué se recibiéron á prueba, por tantos dias perentorios comunes á ámbas partes, mitad del probatorio concedido anteriormente con denegacion de otro: hágaseles saber para que justifiquen en ellos lo que les convenga con la correspondiente citacion por ante el Escribano de estas diligencias. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

535 *Pedimento recusando al Juez inferior.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que estos autos se hallan conclusos y en estado de determinarse; y mediante á que, hablando con la judicial modestia, tengo á V. por sospechoso, desde luego usando de la accion que me compete, le recuso para su determinacion, y de consiguiente = A V. suplico se sirva haberse por recusado y acompañarse con otro Juez (*si le hubiere en el pueblo*), ó con Abogado de ciencia y conciencia, mandando se me haga saber su nombramiento, pues de lo contrario protesto la nulidad; y juro en forma de derecho no hacer con malicia esta recusacion sino únicamente por convenir á la defensa de mi parte y su justicia que es la que pido.

536 *Auto de recusacion.* Háse por recusado su mrd. para la determinacion de esta causa (*ó para la que sea*), y nombra por su acompañado al Licenciado D. F. Abogado de los Reales Consejos, vecino de esta villa, al qual, precediendo la notificacion á las partes para los efectos á que haya lugar, se notifique, acepte este nombramiento y jure en la forma ordinaria (*si fuere Juez el nombrado, se omitirá el juramento*), para lo que se da comision á qualquiera Escribano de S. M. El Señor D. F. Corregidor de esta villa de tal lo mandó, &c.

537 Este nombramiento se hace saber ante todas cosas á las partes, por si

quieren recusar al acompañado, y si no dixesen nada dentro de los 3 dias siguientes al de su notificacion, se procede á notificarle al acompañado, cuya diligencia se extiende en la forma siguiente.

538 *Notificacion, aceptacion y juramento del acompañado.* En tal villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano notifiqué en persona el auto precedente al Licenciado Don F. Abogado de los Reales Consejos mencionado en él, y enterado = dixo: que acepta el nombramiento de compañero que incluye, y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho que evacuará legalmente su encargo, procediendo con rectitud en la determinacion de los autos citados en el escrito que motivó dicho nombramiento. Esto respondió y firmó: doy fé.

539 Sobre la recusacion de los Escribanos originarios y de diligencias se ha explicado en los nn. 413, &c. y 416 lo que se debe practicar, y por ser cosa muy fácil, se omite extender las diligencias concernientes á ella.

540 *Sentencia definitiva absolviendo al demandado.* En tal parte á tantos de tal mes y año el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por parte de D. y N. sobre tal cosa = dixo: que mediante haber probado bien y cumplidamente el citado N. las excepciones que propuso, le absuelve de la demanda que presentó contra él el mencionado D. imponiendo á éste perpétuo silencio para que nunca pueda suscitarla. Por esta su sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, mandó y firmó.

541 *Sentencia definitiva condenando al demandado.* En tal parte á tantos de tal mes y año el Señor Don F. Corregidor de ella, habiendo visto los autos seguidos por N. contra D. sobre tal cosa = dixo: que sin embargo de lo expuesto, alegado y excepcionado por el citado D. le debia condenar y condena con apercibimiento de execucion á que dentro de tantos dias siguientes dé ó pague al referido F. los tantos reales que solicitó en su demanda; y por esta sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, mandó y firmó.

542 *Otra sentencia.* Dixo: debia declarar y declara que los bienes expresados en la demanda sobre que se ha seguido este pleyto, tocan y pertenecen al mayorazgo que fundó B. y posee el referido N. á cuya conseqüencia manda se le ponga incontinente en posesion de ellos, librándose para ello el mandamiento competente, y condena al citado D. á que los dexe libres y desembarazados, y á la restitucion de todos los frutos producidos y que debiéron producir desde la contestacion de la demanda, los quales, precedida su liquidacion por el presente Escribano, ha de pagar dentro de 9 dias con apercibimiento de execucion, como tambien las costas procesales causadas y que se causen hasta el efectivo reintegro, en que igualmente le condena; y para la averiguacion de su importe pasen los autos al Tasador general. Por esta su sentencia juzgando difinitivamente así lo pronunció, &c.

543 Estas sentencias se han extendido segun el estilo de esta corte, y las firma el Juez y autoriza el Escribano, por lo que no hay pronunciamiento. En otros juzgados la firma el Juez solo, por cuya razon se pone á presencia de testigos su pronunciamiento separado que firma el Escribano, y en seguida se notifica á las partes; pero como nada se altera en la substancia, se observará la práctica que haya en cada juzgado.

544 *Pedimento de apelacion.* F. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que por la sentencia pronunciada en ellos se manda á mi parte que pague ó haga tal cosa; y mediante á que dicha sentencia, hablando con la judicial modestia, le es gravosa y perjudicial, apelo de ella para ante quien puedo y debo hacerlo

segun derecho : en cuya atencion = A V. suplico se sirva admitirme dicha apelacion lisa y llanamente en ámbos efectos, y para el de mejorarla mandar se me entreguen los autos (*ó se me dé el competente testimonio*), pues así es justicia que pido, &c.

545 *Auto.* Admítese á esta parte la apelacion que interpone, quanto ha lugar en derecho, y para el efecto que expresa, entréguensele los autos por el término ordinario (*ó désele el testimonio que pide*). El Señor Don, &c. lo mandó á tantos de tal mes y año.

546 Admitiendose la apelacion en ámbos efectos no hay inconveniente en mandar entregar los autos; pero si se admite tan solo en el devolutivo, como sucede en la via executiva, se debe denegar la entrega, porque de hacerse se priva al que obtuvo en la sentencia, de pretender la execucion de ésta.

547 *Pedimento para que se declare por desierta la apelacion.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que de la sentencia dada por V. en ellos interpuso apelacion el citado D. la qual se le admitió, y sin embargo de haber pasado el término en que debió mejorarla, no lo ha hecho, ni ha requerido con el despacho correspondiente: en cuya atencion = A V. suplico se sirva declarar por desierta la apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la referida sentencia, mandando se lleve á su debida execucion conforme á justicia que pido.

548 *Auto.* Notifiquese á la otra parte con apercibimiento que dentro de tantos dias haga constar haber mejorado la apelacion que interpuso. El Señor Don F. &c.

549 Este auto se notifica al apelante, y si no requiere con la mejora en el término prefinido, se le acusan dos rebeldías insistiendo en la pretension primera: el Juez las ha por acusadas, y le concede segundo y tercer término, despues de los quales da otro pedimento el vencedor acusándole tercera rebeldía: llama el Juez los autos con citacion de las partes y citadas con él, pasados 3 dias, defiere á su solicitud, como se expuso en el n. 444, proveyendo el siguiente

550 *Auto de declaracion.* Mediante no haber mejorado la parte de F. la apelacion que interpuso de la sentencia difinitiva pronunciada en estos autos en tal dia, sin embargo de los términos que se le han concedido para ello, declárase por desierta dicha apelacion, y por pasada en autoridad de cosa juzgada la expresada sentencia, á cuya conseqüencia llévese á debida execucion. Con vista de autos lo mandó el Señor Don, &c.

551 Si la parte condenada no apela de la providencia en el término legal ante el Juez que la pronunció, ó no requiere con mejora ó despacho del de alzadas ó del tribunal superior, á quien toca el conocimiento en grado de apelacion; debe dar pedimento la otra, acusándole una rebeldía, haciendo relacion de la providencia y del dia en que se le hizo saber, y pretendiendo se declare por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. A este pedimento debe el Juez proveer en los términos expresados en el n. 444, y se ha de practicar lo que allí se dixo. El pedimento y auto se extienden en la forma siguiente.

552 *Pedimento para que se declare una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que habiendolos V. visto dió en tal dia sentencia difinitiva condenando al expresado D. en tal cosa, la qual se le hizo saber en tal dia; y sin embargo de haber pasado el término de apelar y mucho mas no lo ha hecho; en cuya atencion le acuso la rebeldía, y = A V. suplico se sirva haberla por acusada, y en su

conseqüencia declarar dicha sentencia por consentida por la otra parte y por pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando se lleve á debida execucion, y que se dé á mi parte el competente testimonio que le sirva de executoria para resguardo de su derecho y justicia que pido = A este pedimento se dice: *por acusada la rebeldía, autos citadas las partes, &c.* y pasados los 3 dias despues de la última citacion se provee el auto siguiente; ó puede el Juez llamarlos solamente, y en la próxîma audiencia hacer la declaracion sin citar á las partes, como se ha sentado en el n. 442, porque no tiene para qué citarlas.

553 *Auto declarando una providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada.* Mediante no haber apelado la parte de D. de la sentencia dada en tal dia, por la qual se le condenó á tal cosa, ni expuesto cosa alguna acerca de ella, y haber pasado el término en que lo debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida y por pasada en autoridad de cosa juzgada, condenándole á que esté y pase por su tenor sin contravenir á él en manera alguna baxo de tal pena aplicada para la Cámara de S. M. Dése á esta parte el testimonio que pide. Con vista de autos lo mandó el Señor Don F. (*Este auto se hace saber á ámbos litigantes*).

554 Siendo en parte absolutoria y en parte condenatoria la sentencia ó auto pronunciado, si uno de los litigantes pide se declare por pasada en autoridad de cosa juzgada, se deferirá á ello condenando á entrambos á su observancia; y si uno de ellos apeló, y luego se arrepiente y desiste de la apelacion interpuesta, como puede hacerlo con consentimiento de su contrario, se debe dar traslado á éste del desistimiento; y conformándose con él, se le habrá por conformado y se declarará la providencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, segun se expresa en el auto anterior.

555 Si el apelante obtiene Real provision para la remision de autos por compulsa y para emplazar á la parte contraria, se pone este auto: »Habiendo visto el Señor Don, &c. Corregidor de esta villa la Real provision que precede, la tomó en sus manos, besó y puso sobre su cabeza, y dixo: que la obedecia con el debido respeto como carta de su Soberano mandando se guarde, cumpla y execute, como se ordena en ella, y lo firmó en esta villa de tal á tantos, &c.» = A continuacion de este auto se saca y pone la compulsa: concluida se cita y emplaza al contrario, para que recurra al tribunal superior: luego se cierra y sella la compulsa, y se entrega al apelante para que la presente en la Escribanía de Cámara por donde se libró el despacho, á fin de seguir la causa en grado de apelacion; y en los autos originales se pone fé ó nota del dia en que se entregó la compulsa y á quien, con relacion del despacho y Escribano que le refrendó, ó copia de él.

556 Todos los pedimentos, autos interlocutorios, citaciones, notificaciones y otras diligencias que ocurren en el juicio ordinario, se han de escribir en papel del sello quarto mayor: las probanzas é informaciones judiciales en el del sello segundo el primero y último pliego, y los del intermedio comun; pero si fueren de nobleza ó limpieza en qualesquiera concejos, chancillerías y comunidades por estatuto, en papel del sello mayor el primero y último pliego, y en el intermedio comun; y los autos de aprobacion ó reprobacion de estas pruebas en el del sello segundo: las requisitorias de emplazamiento y demas en papel del sello tercero: las sentencias difinitivas en el del segundo; y las compulsas de autos que se remiten en apelacion en el propio sello segundo el primero y último pliego, y en el intermedio comun. Y si las partes fueren pobres mandadas defender por tales, ó gozan del privilegio de que en sus causas y nego-

cios se actúe en papel de pobres, todo se escribirá en el del sello de éstos.

557 *Pedimento solicitando una muger casada licencia para comparecer en juicio por ausencia del marido.* F. vecina de esta corte y muger legítima de N. ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que éste se halla ausente ha tantos años sin saberse el lugar ó pueblo de su residencia, ni esperarse vuelva en breve á esta villa; y en atencion á que no puedo ménos de promover una instancia contra P. de este vecindario sobre la nulidad del préstamo que me hizo de tanta cantidad á satisfacer por tal tiempo con estos ó los otros intereses = A V. suplico me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento y hecho en la parte que baste, se sirva concederme la correspondiente licencia en la forma ordinaria para el fin expuesto. Pido justicia. = *Auto.* = Dé la informacion, y evacuada, autos.

558 *Demanda de jactancia.* F. en nombre de N. vecino de esta ciudad de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que sin embargo de estar mi parte y de haberlo estado anteriormente sus causantes en la quieta y pacífica posesion de tal heredad, ha llegado ahora á su noticia que E. de esta vecindad anda jactándose de tener que poner á mi parte pleyto sobre aquella finca; y no siendo justo que continúe semejante jactancia = A V. suplico que habiendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinenti al tenor de este pedimento, y que dada la bastante se sirva mandar se le haga saber al referido E. que dentro del breve y perentorio término que V. le señale, use de su derecho con apercibimiento de que se le impondrá perpétuo silencio con una grave multa: Pido justicia y costas. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

559 *Pedimento mudando la accion.* F. en nombre de N. vecino de esta corte ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que despues de haber mi parte puesto demanda de reivindicacion de tal hacienda á T. de este mismo vecindario, y de habérsele hecho saber ha llegado á su noticia los vendió al dicho T. S. abuelo de mi parte en tanta cantidad, segun lo acredita el instrumento que presento, siendo su legítimo valor éste ó aquel, por lo qual me aparto de la expresada accion de reivindicacion, y deduciendo la mas conforme, V. en justicia se ha de servir declarar por nulo el referido contrato y á su consequencia condenar al mencionado T. á que restituya á mi parte la dicha hacienda con los frutos que haya producido desde su injusta ocupacion hasta la entrega; como asimismo en todas las costas; pues así es de hacerse por lo que se va á exponer (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha expresado al principio de este escrito. Pido justicia. = *Auto.* = Traslado.

560 *Pedimento solicitando se reciba informacion de cierto acto extrajudicial para que conste en lo sucesivo.* F. vecino de tal parte ante V. como mejor proceda = digo: que llevando yo de órden de N. del mismo vecindario á éste ó al otro pueblo tal y tal cosa me las robáron varios salteadores que me saliéron al camino en tal dia á presencia de B. P. y J. vecinos de tal villa y arrieros que al presente residen en ésta: en cuya atencion y en la de convenir á mi derecho se les reciban sus declaraciones sobre el caso = A V. suplico se sirva mandarles comparecer ante sí á declarar baxo de juramento conforme á la lêy lo que viéron y oyéron en dicho lance, proveyendo asimismo se me entreguen originales las diligencias que se practiquen corroboradas con su autoridad y decreto judicial. Pido justicia. = *Auto.* Como lo pide.

561 Esta justificacion segun el Señor Elizondo y otros autores que cita, se

ha de hacer ante el Juez del lugar mas próxîmo al del lance y ha de presentars ante el Juez competente dentro de un año.

562 *Pedimento solicitando la posesion de los bienes de un ausente.* F. en nombre de N. vecino de esta corte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que D. y P. tuviéron de su matrimonio por hijos legitimos á C. y mi poderdante, como lo han estado y están reputados comunmente; y habiéndose ausentado aquel de esta península hace mas de 10 años sin haberse sabido en el discurso de tan dilatado tiempo, si es muerto ó vivo, es indudable que como á su hermano entero y pariente mas cercano corresponde en la actualidad á mi poderdante por la voz pública que corre de su fallecimiento, tales y tales bienes que dexó en esta villa: en cuya atencion = A V. suplico que teniendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinente al tenor de este escrito, y que hecha la bastante se sirva mandar dar á mi poderdante en conformidad de la ley de Soria ó por el remedio mas conforme á derecho la posesion ó quasi posesion de los expresados bienes, encargándole su administracion, quando no haya lugar á ello, baxo la correspondiente fianza que desde luego está pronto á dar mi poderdante en la forma ordinaria. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

563 *Pedimento de artículo inhibitorio.* F. en nombre de N. vecino de &c. en los autos con P. sobre tal cosa = digo: se me ha dado traslado de la demanda que ha presentado en tantos el referido P. pretendiendo aquello ó lo otro; y sin que sea visto atribuir á V. mas jurisdiccion que la que le compete por derecho, y declinando ésta en forma, le hago presente que en justicia se sirva inhibirse ó exonerarse del conocimiento de estos autos mandando que si el mencionado P. tuviese que pedir contra mi parte lo haga ante D. E. á quien toca privativamente su conocimiento, sobre lo qual formo artículo de prévio y especial pronunciamiento; pues así es de hacer por lo que demuestran los autos y ahora va á exponerse (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha expresado al principio de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado y autos.

564 *Pedimento introduciendo de otro modo el mismo artículo.* F. en nombre de N. ante V. como mas haya lugar en derecho = digo (*cuéntase el hecho*): y respecto á que el mencionado Juez debe como incompetente sobreceder en los procedimientos que correspondan á los expresados autos, y á que éstos deben ventilarse ante V. como privativo = A V. suplico se sirva mandar librar su exhorto cometido al expresado D. F. para que remita los autos á este tribunal adonde toca su conocimiento. Pido justicia. = *Auto.* = Despáchese el exhorto.

565 *Pedimento intentando el artículo de no tener obligacion á responder.* F. en nombre de N. en los autos con B. sobre &c. = digo: se me ha conferido traslado de la demanda que ha presentado en tantos el dicho B. solicitando tal cosa, y V. en justicia se ha de servir declarar no tiene mi parte obligacion de contestarla, sobre lo que formo artículo de prévio y especial pronunciamiento; pues así es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se expondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico (*se concluye como en el anterior*). = *Auto.* = Traslado y autos.

566 *Pedimento pidiendo una declaracion para responder.* F. en los autos con N. sobre tal cosa = digo: se me ha dado traslado del escrito que ha presentado en tantos el referido N. y para responder á él conviene al derecho de mi parte que éste declare al tenor de los capítulos siguientes (*En seguida se po-*

nen separados y cada uno de por sí) Por tanto = A V. suplico se sirva mandar que el expresado N. baxo de juramento en forma al que no le defiero y protesto estar solo en lo favorable, evacue la declaracion exîgida, pues protesto responder al traslado pendiente hecha que sea. Pido justicia, y que en el interin no me corra término, ni pare perjuicio la notificacion que se me ha hecho. = *Auto.* = Como se pide.

567 *Pedimento de reconvencion.* F. en nombre de N. vecino de tal parte, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho, reconvengo á D. por mutua peticion, y = digo: se ha hecho saber á mi parte un auto que V. proveyó en tantos mandándole entregar al referido D. tal prenda, y V. en justicia se ha de servir (reponiéndole por contrario imperio, ó como mas haya lugar, hablando debidamente) acordar se tase y venda con citacion contraria, y se haga con su valor pago á mi parte de tanta cantidad, de que le es deudor, segun acredita el instrumento que tambien presento; pues así debe hacerse por lo que se expondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer á favor de mi parte, como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

568 *Pedimento de reposicion de auto.* F. en nombre de N. en los autos con C. sobre esto = Digo: que V. en auto de tantos fué servido de mandar tal cosa, cuya providencia en justicia se ha de servir, hablando debidamente, reponer por contrario imperio, ó como mas haya lugar, sobre lo que formo artículo de prévio y especial pronunciamiento; pues así es de hacer por lo que resulta de los autos y ahora se expondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado y autos.

569 *Pedimento solicitando un tanto ó copia de una escritura.* F. en nombre de N. en los autos con E. sobre tal cosa = digo: se me ha conferido traslado del escrito que ha presentado en tantos el dicho E. y para responder á él conviene al derecho de mi parte que A. Escribano público y del Número de esta ciudad le dé testimonio á la letra de una escritura que ante el mismo otorgó F. en tantos, en la forma competente, de manera que haga fé para presentarla en estos autos. Por tanto = A V. suplico se sirva mandar despachar su mandamiento compulsorio para que el mencionado A. entregue á mi parte el referido tanto autorizado con citacion contraria, y que en el ínterin no le corra término, ni pare perjuicio la notificacion que se me ha hecho. Pido justicia. = *Auto.* = Despáchese.

570 *Pedimento de restitucion de un despojo.* F. en nombre de N. de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que estando mi parte en la quieta y pacífica posesion de tal casa, cuya pertenencia acreditan los instrumentos que tambien presento, pasó á ella D. y de propia voluntad lanzó á sus inquilinos quedándose en su posesion; y mediante á que mi parte se halla padeciendo su despojo = A V. suplico que teniendo por presentado el poder me admita informacion que ofrezco hacer incontinente, y que hecha la bastante se sirva mandar restituir á mi parte á la posesion de la expresada finca, condenando de consiguiente al contrario en las costas y perjuicios que se han seguido á mi parte desde que éste está detentándola, y en las demas penas pecuniarias en que como voluntario despojador ha incurrido por derecho. Pido justicia. = *Auto.* = Dé la informacion, y hecha, autos.

571 *Pedimento de acumulacion ante un Teniente de villa.* F. en nombre de N. ante V. como mejor proceda de derecho = digo: que siguiéndose con-

tra mi parte autos en este juzgado á instancia de P. sobre esto, presentó el referido P. cierta demanda en tantos ante el Señor Don F. por la misma accion y acerca de una misma cosa, y mediante á que unos y otros autos conspiran á un mismo fin, y se dirigen contra una propia persona; como asimismo á que los de este juzgado son anteriores á aquellos, para que no se divida la causa = A V. suplico se sirva mandar que el Escribano por quien pasan los autos, venga á hacer relacion de ellos ante V. y en su vista que se acumulen y unan á éstos. Pido justicia. = *Auto.* = Venga á hacer relacion.

572 Si siguiéndose autos ante un Juez se principian otros sobre lo mismo ante otro de fuera del pueblo de su jurisdiccion, se pone la cabeza del escrito como la del anterior y la conclusion de esta manera.

A V. suplico se sirva librar su exhorto al mencionado Juez para que remita los autos que tuviese formados á este tribunal sobrecediendo en todos los procedimientos que correspondan á ellos, y venidos, mandar se acumulen á éstos. Pido justicia. = *Auto.* = Librese como se pide.

573 *Pedimento en que se solicita afianze alguno de arraygo.* Lo regular es pedir ésto por un otrosí de la demanda en la forma siguiente.

Otrosí: digo: que el mencionado N. está para ausentarse de esta corte, y á fin de que este juicio no quede ilusorio = A V. suplico me admita informacion, que ofrezco hacer incontinente al tenor de este pedimento, y que hecha la bastante se sirva mandar afiance de arraygo el referido N. hasta en la cantidad del valor de lo que se litiga, poniéndole de lo contrario preso. Pido como ántes. = *Auto.* = Haga la informacion, y hecha, autos.

574 *Interrogatorio de repreguntas.* Repreguntas por parte de N. al interrogatorio de preguntas que ha presentado A. en los autos sobre, &c.

A los que depusiéron al tenor de ésta ó la otra pregunta, se les repreguntará ésto (*Se continua así en las demas*).

No se pone la de conocimiento, ni la de público y notorio.

575 *Pedimento respondiendo al de tachas.* F. en nombre de N. en los autos con C. sobre esto y artículo de tachas de los testigos que ha presentado en ellos mi parte, formado por el referido C. = digo: se me ha dado traslado de su solicitud deducida en su último escrito de tantos; y sin embargo de lo que expone y alega en apoyo de ella, V. en justicia se ha de servir despreciándola mandar evacue el traslado pendiente; pues de hacer es así por lo que resulta de los autos y se va á exponer (*Se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Autos.

576 *Pedimento alegando de bien probado.* F. en nombre de N. en los autos con D. sobre tal cosa = digo: que vistas por V. las probanzas que ha hecho mi parte, hallará haber probado bien y cumplidamente su accion, como le ha convenido probarla, con instrumentos auténticos y suficiente número de testigos contestes y mayores de toda excepcion; y que por el contrario D. no ha justificado cosa alguna que pueda aprovecharle: á cuya consequencia V. en justicia se ha de servir proveer en todo á favor de mi parte, por ser de hacer así, atendido lo que resulta de autos y lo que ahora se expondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva determinar, como se ha expresado al principio de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

577 *Pedimento de respuesta.* F. en nombre de N. en los autos con P. sobre tal cosa = digo: que vistas por V. las probanzas que ha hecho mi parte, hallará haber acreditado bien y cumplidamente sus excepciones y defensas, y que por

el contrario P. no ha justificado cosa alguna, &c. (*prosigue como el anterior hasta la conclusion.*) = *Auto.* = Traslado.

578 *Pedimento de recusacion á un Alcalde de Corte en su provincia.* F. en nombre de N. en los autos con A. sobre tal cosa = digo: que por justas causas que me mueven á ello, hablando debidamente, recuso á V. S. para la determinacion de esta causa en definitiva, en cuya atencion = A V. S. suplico que teniéndose por recusado se sirva acompañarse en la forma ordinaria. Pido justicia, y juro no ser de malicia la recusacion. = *Auto.* =

Hase por recusado y acompáñase con N. lo que se haga saber á las partes.

579 *Pedimento recusando á un Ministro de chancillería ó audiencia.* M. P. S. F. en nombre de N. en el pleyto con M. sobre esto = digo: que por tal y tal causa (*exprésanse*) hablando con la modestia judicial que corresponde, recuso para la determinacion de este litigio al Señor Don P. Oidor de vuestra Real chancillería (*ó audiencia*) y Juez en él, (*si es al Presidente ó Regente, se dirá al Ilustrísimo Señor D. B.*) en cuya atencion = A V. A. suplico que teniéndole por recusado se sirva nombrar Señores Jueces que determinen este pleyto. Pido justicia y juro que no hago con malicia esta recusacion. = *Auto.* = Dentro de 30 dias justifique esta parte las causas que alega.

580 *Pedimento de nulidad de una sentencia.* F. en nombre de N. en los autos con G. sobre tal cosa = digo: que la sentencia pronunciada en ellos en tantos declarando esto ó aquello es nula, hablando debidamente, y como tal V. en justicia se ha de servir declararla, sobre lo qual formo artículo de especial pronunciamiento; pues así es de hacer por lo que resulta de autos y ahora se expondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, segun se ha expresado en la cabeza de este escrito. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

Formulario correspondiente al tratado de Particiones (*).

Varios pedimentos.

581 *Pedimento provocando el juicio de particion.* F. en nombre de N. vecino de esta villa, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que segun resulta del testamento baxo cuya disposicion falleció M. que exhibo, nombró éste á B. C. y D. como á sus hijos legítimos por universales herederos de sus bienes y efectos, los quales deben partirse igualmente entre los tres: en cuya atencion provoco el juicio del cumplimiento de dicho testamento, inventario y particion, y = A V. suplico que habiendo por presentadas dichas escrituras y por provocado aquel juicio, se sirva conceder á mi poderdante término para la formacion del inventario con citacion de los demas interesados. Pido justicia. = *Auto.* = Por presentadas las escrituras y por provocado el juicio, y concédensele 30 dias de término.

582 *Pedimento solicitando uno de los herederos la division de la herencia.* F. en nombre de N. en los autos de inventario y particion de bienes que quedaron por fallecimiento de M. = digo: conviene al derecho de mi poderdante como á uno de sus hijos y herederos se proceda á la correspondiente division y adjudicacion de los bienes inventariados; y para que tenga efecto = A V. suplico

(*) Por olvido no se puso en el lugar correspondiente, y no queremos omitir cosa útil.

se sirva mandar se haga saber á G. y H. coherederos con mi poderdante nombren contadores para que con B. que nombro por mi parte, se haga á su debido tiempo la correspondiente division y adjudicacion de lo que pertenezca á cada uno. Pido justicia. = *Auto.* = Como se pide.

583 *Otro pedimento de igual solicitud.* F. en nombre de N. vecino de esta ciudad, de quien presento poder, ante V. como mas haya lugar en derecho = digo: que T. padre que fue de mi poderdante, le instituyó por su heredero juntamente con A. y D. segun acredita el testamento que asimismo presento: á cuya conseqüencia aceptada la herencia por todos y tomada su posesion, se han conservado hasta hoy proindiviso los bienes de que se compone, sin embargo de haber mi poderdante practicado con dichos sus hermanos varias diligencias para que tuviese efecto la particion: mediante lo qual = A V. suplico que habiendo por presentados los referidos documentos, se sirva mandar se haga saber á A. y D. nombren por su parte perito para que con V. que nombro por la mia, dividan los expresados bienes adjudicando á cada uno lo que legitimamente le corresponda. Pido justicia. = *Auto.* = Como lo pide.

584 *Demanda de nulidad de particiones por via de restitucion.* F. en nombre y en virtud de poder que presento de N. vecino de esta villa, ante V. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda á C. D. E. y R. de esta misma vecindad, y = digo: que habiendo fallecido en el año de tantos A. padre que fué de mi poderdante, nombrando por sus herederos á éste y á los mencionados sus hermanos, se introduxéron éstos en tales y tales bienes hereditarios sin formalizar ántes, como correspondia, el competente inventario de todos, á cuya conseqüencia siendo entónces mi poderdante menor, segun lo acredita la partida de bautismo que tambien presento, no pretendió la division de la herencia, hasta que teniendo la edad precisa para salir de la curaduria, advirtió que se le habia despojado de la mejor parte de su legitima, por lo que de comun acuerdo con sus hermanos para remedio de todo se comprometió en H. J. y L. nombrados árbitros partidores en tantos de tantos. Pero debiendo éstos desempeñar su encargo con la justicia y equidad correspondiente, hiciéron la particion sin cálculo formal adjudicando á los mencionados hermanos de mi poderdante mucho mas de lo que les tocaba legitimamente, en las haciendas mas pingües, al paso que á éste mucho ménos en otras poco fértiles ó muy deterioradas: agregándose á ésto no haberse hecho, como debia hacerse, la cuenta de los frutos que produxo el cuerpo de bienes hereditarios desde la muerte del padre comun; segun todo consta de los documentos que asimismo presento. En esta atencion y en la de haber sido mi parte enormísimamente leso con dicha division, valiéndose del remedio de la restitucion, ó del que mas necesario y útil le sea = A V. suplico que habiendo por presentados dichos instrumentos y por admitida esta demanda, se sirva declarar por nula la expresada particion, y á su conseqüencia condenar á los mencionados C. D. E. y R. á que traigan los bienes que se les adjudicáron con los frutos que hayan producido, á colacion y particion con mi poderdante haciéndola de nuevo con la igualdad debida, á cuyo fin nombren aquellos á su tiempo tasador y partidor con apercibimiento de nombrarse en su defecto de oficio. Pido justicia y costas. = *Auto.* = Traslado.

585 *Pedimento sobre recision de particiones.* F. en nombre de N. en los autos de inventario y particion de bienes que quedáron por fallecimiento de S. = digo: se me ha dado traslado de la particion que han hecho P. y T. contadores nombrados para ella; y V. en justicia se ha de servir declarar los agravios que se expresarán en el cuerpo de este escrito, mandando en su conseqüencia adjudicar á

mi poderdante tal y tal cosa; pues es de hacer así por lo que resulta de los autos y ahora se expondrá (*se alega*). Por tanto = A V. suplico se sirva proveer, como se ha expresado al principio. Pido justicia y costas. = *Auto*. = Traslado.

PARTE SEGUNDA.

LIBRO TERCERO.

De los juicios ordinario, executivo y de concurso de acreedores.

CAPITULO II.

Del juicio executivo hasta la sentencia de remate y su execucion.

§. I.

Qué es juicicio executivo, y qué cosas traen aparejada execucion.

1 El juicio executivo es un juicio sumario introducido en favor de los acreedores, para que sin experimentar los dispendios ni dilaciones de la via ordinaria, ni las molestias ni vexaciones de los deudores morosos, cuyo número es muy considerable, consiguiesen brevemente el cobro de sus créditos, sin distraerse del desempeño de sus deberes respecto á sus empleos, oficios ó familias (*a*). Mas por otra parte aunque el juicio executivo tiene tanta eficacia, si no se sabe seguir, se convierte fácilmente en ordinario, y si no se usa de él en tiempo, se pierde el derecho de executar que se prescribe por cierto término. Así pues, para instruir perfectamente al Escribano principiante en la teórica y práctica de dicho juicio, en cuya substanciacion se padece mucha ignorancia, explicaré metódicamente en los §§ de este capítulo lo que me han enseñado el estudio de las leyes y AA. de la mejor nota, y he visto practicar en los tribunales Reales, superiores é inferiores de esta corte.

2 Traen regularmente aparejada execucion en estos reynos de Castilla las diez cosas siguientes: la sentencia que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: la executoria dada por tribunal superior competente, sea confirmando ó revocando la sentencia del Juez inferior (*b*): la confesion de la deuda hecha en juicio y el juramento de-

(*a*) Ley 2 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 3 y 6 tit. 17 lib. 4 R. ó 3 y 1 tit. 17 lib. 11 N. R. y el tit. 27 de la P. 3.

cisorio del pleyto (*a*): los conocimientos, vales y papeles simples despues de reconocidos con juramento por quien los hizo, ante Juez competente ó de su órden por escrito ante alguacil y Escribano, ó ante éste solamente, aunque no se exprese en ellos el dia, mes y año en que se hiciéron (*b*): el instrumento público y auténtico que hacen fé (*c*): la liquidacion ó instrumento simple líquido en cantidad, daños é intereses siendo reconocido y consentida por la parte con la solemnidad dicha: los libros y cuentas extrajudiciales hechas por las partes ó por los contadores que eligen, si ellas las reconocen y consienten en juicio, segun queda dicho, ó en instrumento público: el rescripto, cédula ó provision del Soberano que no reconoce superior en lo temporal, y los privilegios Reales (*d*); los juros, libranzas y situaciones que da el Rey, ó quien tiene facultad para darlas en su nombre contra sus Tesoreros, Cobradores, Administradores y Arrendadores de la Real hacienda (*e*); y en fin los pareceres conformes de los contadores (*f*).

3 La sentencia del Juez ordinario pasada en autoridad de cosa juzgada, como dada en juicio contradictorio con audiencia de los litigantes y consentida por éstos expresamente, ó con su tácita anuencia por no haber apelado de ella, ó no haber mejorado la apelacion, y declarádose ésta por desierta; no solo trae aparejada execucion en lo expreso sino tambien en lo que contiene tácitamente, aunque despues conste que es injusta (*g*).

4 Igualmente la trae la sentencia de los árbitros de derecho (que nada mas son que unos Jueces delegados) y la de los arbitradores y y componedores amigables señálese ó no pena en el compromiso, y sean dos ó mas, ó uno solo en el compromisario, siendo dada en el término prefinido en él por los Jueces electos y sobre lo comprometido, sin exceder ni faltar, presentándose con ella signada de Escribano público el compromiso, y no habiéndose apelado ni pedido reduccion á alvedrio de buen varon: lo qual procede tambien en la del tercero en discordia (*h*). Y se debe executar por el Juez ordinario y no por ellos, puesto que carecen de jurisdiccion y solo tienen una mera no-

(*a*) Ley 5 tit. 21 lib 4 R. ó 4 tit 28 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 119 tit. 18 P. 3, y 5 y 6 tit. 21 lib 4 cit. ó 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R. (*c*) Leyes 1 y 2 tit. 21 lib. 4 ó 1 y 3 tit. 28 lib 11 N. R. (*d*) Leyes 39, &c. y 32 tit. 18 P. 3. (*e*) Leyes 14 tit. 7 y 9 tit. 16 lib. 9 R. (*f*) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R. ó ley 5 y nota 1 tit. 17 lib. 11 N. R. (*g*) Leyes 19 tit. 22, y 1 y 2 tit. 27 P. 3. (*h*) Leyes 4 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 tit. 17 lib. 11 N. R. y últ. tit. 4 P. 3 n. 3.

cion ó conocimiento, por lo que quando están entendiendo en algun negocio, si se ofreciese hacer prueba del territorio, han de acudir las partes al Juez ordinario de él, para que libre á este efecto sus despachos; y si dentro de su jurisdiccion, para que se haga ante él. Asimismo la reduccion se ha de pedir ante el referido Juez y dentro del término prefinido para apelar, y no pidiéndose ni apelando pasa en autoridad de cosa juzgada.

5 Se ha de executar sin embargo de apelacion la sentencia sobre dote y alimentos en caso de ser pobre la parte á cuyo favor se dió (*), ó sobre jornales ó estipendios por paga de trabajo: la que consiste en pena de ordenanza y no excede de 10ᴅ maravedís (*a*): la dada sobre sepultar algun difunto, proveer de tutor á los menores, y recoger frutos, quando de diferir su recoleccion, puede seguirse perjuicio; pues en estos casos solo tiene efecto devolutivo, á ménos que sea notoriamente injusta (*b*). Lo mismo procede en la de los árbitros y arbitradores, dándose previamente las fianzas expresadas en la I. P. (*c*) aunque se pida reduccion ó alvedrio de buen varon, ó se intente otro recurso y lo propio milita en las transacciones hechas ante Escribano (*d*). Ademas, la de los árbitros, si se consiente ó no se contradice en el término legal que son 10 dias, se ha de executar sin fianzas (*e*).

6 Tambien se ha de executar sin embargo de apelacion la que confirma y aprueba los pareceres conformes de los contadores, nómbrense por las partes, ó de oficio en rebeldía de alguna que habiendosele notificado en persona nombrase por sí, no quiso hacerlo, dando primero la fianza prevenida en dicho cap. núm. 180 la parte que obtuvo la confirmacion (*f*), quien debe pedir ante todas cosas que se execute, que en su conseqüencia se le aposesione y entreguen los bienes que se le aplican, y que hecho use la contraria de su derecho como le con-

(*) "Esto procede no solo en las (sentencias) que despues de un serio y maduro exâmen 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." Señor Conde de la Cañada Inst. Pract. part. 2 cap. 11 n. 60.

(*a*) Ley 6 tit. 18 lib. 4 R. ó 22 tit. 20 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 6 cit.
(*c*) Cap. 19 n 17. (*d*) Ley 4 tit. 21 lib. 4 R ó 4 tit. 17 lib. 11 N. R.
(*e*) Leyes 23 y fin. tit. 4 P. 3. (*f*) Ley 24 y auto 1 tit. 21 lib. 4 R. ó ley 5 y nota 1 tit. 17 lib. 11 N. R

venga formando artículo sobre ello. En los propios términos se ha de executar el parecer del tercero en discordia de los contadores que esté conforme con uno de ellos, y se apruebe ó conforme por el Juez, en tres casos: el primero quando le nombráron los mismos interesados, segun lo dispone la ley 24 tit. 21 lib. 4 R. cuyas son estas palabras: „Mandamos 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 embargo de apelacion;„ mas no siéndolo por el Juez ó por los mismos contadores en virtud de facultad para nombrarle, porque no hay contumacia y la ley no lo dice: el segundo, quando en la comision para liquidar se mandó executar el parecer unánime de los dos; y el tercero, quando la parte que se siente agraviada, no apeló en tiempo ni forma. En los mismos términos se ha de executar la sentencia favorable al fisco (*a*).

7 No trae aparejada execucion la sentencia dada contra el Juez, para que restituya las costas y salarios que llevó, á ménos que sea citado y oido, porque se da sin verdadero conocimiento de causa, y así no surte otro efecto que el de simple citacion (*b*); mas por las condenaciones que hubiere recibido, sí, porque al modo que las recibió por su sentencia condenatoria, es justo que las restituya por la revocatoria sin ser citado, segun se practíca.

8 Tampoco la trae aparejada el mero mandato del Juez, en que ordena á alguno que haga, dé ó pague á otro cierta cosa ó cantidad sin citarle ni oirle; pues por este defecto se convierte tambien en simple citacion (*c*), como se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 423. Si contiene causa justificativa, y el negocio es ó no de consideracion, hay opiniones sobre si se puede ó no executar; pero nunca he visto executarle.

9 Asimismo no la trae aparejada la sentencia, contra la qual pide restitucion el que goza de este beneficio (*d*), si no es que parezca por conjeturas que la pretende con malicia; ni tampoco la traen aquellas de que se habló en el cap. 1 de este lib. nn. 439, &c. y 446. (*e*).

10 Trae aparejada execucion la confesion clara y pura ó simple que hace el deudor ante Juez competente y Escribano, ó ante éste en virtud de su mandato por escrito, de que está debiendo en aquel acto

(*a*) Ley 13 tit. 23 P. 3 vers. Esso mismo decimos. (*b*) Ley 20 tit. 2 lib. 3 R. ó 6 tit. 4 lib. 5 N. R. (*c*) Ley 22 tit. 22 P. 3. (*d*) Ley 2 tit. 25 P. 3. (*e*) En órden á la executoria dada por tribunal superior véase el cap. 1 n. 469 y su nota.

lo que se le pide (*a*); lo qual procede en qualquiera tiempo que la haga, porque las leyes hablan indistintamente sin limitacion, y así no debemos distinguir. Tambien la trae aparejada contra el heredero del testador la confesion que éste hizo; bien que siendo hecha en testamento la puede revocar, y entónces no surtirá ningun efecto. Por confesion clara se entiende, no solo quando dice paladinamente que está debiendo lo que se le pide, sino tambien quando expresa, *que cree deberlo*, pues la confesion de creencia le perjudica igualmente que la de certeza: ó quando dice, *que lo debe sobre poco mas ó ménos*; y así se despachará la execucion por el todo como expreso en el instrumento, y en los diez dias de la ley justificará la menor quantía, si quisiere y no debiere mas. Pero si es ambigua, qualificada ó condicional, y consta de la condicion; ó se limita á cierto dia ó plazo no cumplido, no la trae aparejada, ni en su virtud se debe despachar, hasta que se verifique la condicion ó el plazo se cumpla, ni por consiguiente se deben embargar bienes al deudor. De la declaracion que haga el deudor confesando ó negando, se debe dar traslado al executante ó acreedor, aunque no lo solicite, para que en su vista pida la execucion, ó lo que le convenga, así como en el juicio ordinario sin diferiencia (*b*).

11 Aunque el deudor al tiempo que confiesa haber contraido la deuda, excepcione que el acreedor se la remitió, pagó ó prometió no pedírsela, se ha de despachar execucion contra él en virtud de confesion, y asegurarse la deuda con el embargo de sus bienes, pues le perjudica lo que confiesa, y no le aprovecha la excepcion para impedir que se expida el mandamiento executivo, porque debe probarla en el término legal, y hasta que llegue el caso de encargarse éste, no se ha de admitir prueba ni dar término para ella, y así se observa.

12 Remitiéndose el executado en su confesion á algun instrumento, se debe despachar la execucion solamente por los que conste en éste como líquido; y lo mismo procede, quando se remite á carta ó á otro papel que no tiene contradiccion, en el qual se pide alguna cosa, por ser confesion geminada ó duplicada que tiene mayor eficacia para obligar.

13 La confesion segunda que es contraria á la primera, no produce accion executiva, porque ninguno puede ir contra su propia confesion; ni la hecha extrajudicialmente, (*c*) ni la que se hace en

(*a*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Véase el cap. 1 de este lib. n. 254. (*c*) Leyes 4 y fin. tit. 13 P. 3

pedimento presentado en juicio; pues ésta no es la que pide la ley, porque le falta el juramento ante Escribano de órden del Juez, en cuya atencion el deudor ha de ratificarse baxo de él ante aquel, y de faltar éste tan esencial é indispensable requisito será nula la execucion que se despache: por manera que dicha confesion servirá solamente para condenarle en via ordinaria, si su contrario la acepta, (*a*) y esto es lo que he visto practicar.

14 No produce accion executiva la confesion que hace el testador en su última disposicion, de que es deudor de alguno, y debe ser demandado en via ordinaria; bien que por ella queda obligado en algunos casos; á saber: siendo jurado ó estando presente el sugeto, si éste la acepta ántes que la revoque, ó quando con ella concurren otros adminículos y conjeturas, por las que se induce realmente que quiso obligarse, lo qual se dexa al arbitrio del Juez; ó quando se hizo por modo de contrato, de suerte que se colige del ánimo del testador que se quiso obligar incontinente, y el sugeto la aceptó ántes de la revocacion; y fuera de estos quatro casos se conceptua legado que puede revocar como el testamento en que fué hecha. Tampoco se debe estar á la confesion que hace en los últimos instantes de su vida, y puede perjudicar á tercero, aunque sea con juramento, y para exôneracion de su conciencia por el estado en que se halla, si de otro modo no se prueba lo que dice en ella. Lo mismo procede en la que hace la madre diciendo que el hijo que ha parido, ó trae en el vientre, no es de su marido, (*b*) por lo que no perjudica al primero, excepto que se acredite por otros medios: de suerte que el juramento daña al que le hace, y sus herederos deben observarle.

15 No trae aparejada execucion la concesion que hace el menor que tiene curador, sin que éste presencie el juramento que debe precederla; pero sí la que hace no teniéndole. (*c*)

16 No es executiva la confesion que en pena de la contumacia tiene la ley por hecha, aunque algunos dicen que sí, porque se tiene por confeso el contumaz, siempre que se le cite para que la haga: ni la obscura, pues para que la traiga, ha de ser clara, expresa y de cantidad cierta, como se prueba de la ley 7 tit. 3 P. 3. „Otorgando de llano lo que demandan, si es cierto que verdaderamente lo debe„ de la 4

(*a*) Véase el cap. 1 de este lib. n. 245. (*b*) Ley 9 tit. 14 P. 3. (*c*) Ley 22 tit. 11 lib. 5 R. ó 17 tit. 1 lib. 10 N. R.

tit. 13 de la misma Partida. „ E otrosí, que sea dicha en cierto sobre cosa ó quantía ó fecho.„ Y de la 5 tit. 21 lib. 4 R. „ O las confesiones claras, fechas ante el Juez competente, traigan aparejada execucion: „ ni la alternativa, como si dice, *que debe á Pedro*, ó *á Juan*, sino es que conste por ella á quien y lo que debe: ni tampoco otras confesiones semejantes; v. gr. quando dice, que corrió tanto tiempo con los negocios del que pide, y que le es deudor sin expresar de quanto: en cuyos casos se debe liquidar con su audiencia el débito, y consintiéndole se le puede executar por él, y no de otra suerte.

17 El juramento judicial decisorio del pleyto que tambien se llama voluntario, trae aparejada execucion, porque es confesion verdadera hecha á presencia y con aprobacion del Juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; pero el necesario ó supletorio no la trae aparejada; porque se manda hacer en defecto de bastante prueba, y así puede retraerse por nuevos instrumentos que se hallen, lo qual no sucede en el otro, (*a*) y es menester que recaiga sentencia, y se consienta ó executorie, para que se pueda despachar en virtud de él la execucion.

18 Los vales ó papeles de obligacion, ya sean á favor de la persona determinada, ya digan solamente: *vale que pagaré á quien este me entregare*, *&c.* que llaman *vales ciegos*: las cartas en que alguno confiesa la deuda, ó pide á otro le preste cierta cantidad diciéndole en ellas *que le sirvan de resguardo*; é igualmente las letras de cambio aceptadas, escrituras privadas, libranzas y demas papeles simples que la ley llama y comprehende en el nombre de *conocimientos*, si son reconocidos paladinamente por el deudor que los firmó, precedido juramento ante su Juez competente y Escribano, ó de su mandato por escrito ante éste solamente, ó acompañado de alguacil, traen aparejada execucion en quanto á lo líquido confesado, tengan ó no fecha. Lo mismo sucede, aunque no los haya escrito, si los firmó, y confiesa su firma solamente, porque el que subcribe ó firma un papel, aprueba todo su contenido, y se reputa escrito por él; y aun quando no los haya escrito ni firmado por no saber ó no poder, si los reconoce en la forma expuesta, sucederá lo mismo, porque la obligacion es suya, y no del que en su nombre ó de su órden los escribió y firmó. (*b*)

(*a*) Leyes 3 y 15 tit. 11 P. 3. (*b*) Leyes 5 y 6 tit. 21 lib. 4 R. ó 4 y 5 tit. 28 lib. 11 N. R.

19 En órden á las letras de cambio aceptadas y reconocidas, para que su giro esté expedito, y se eviten dilaciones maliciosas, tergiversaciones y providencias arbitrarias acerca de su aceptacion y pago sin distincion de personas, por ser esencial á la buena fé en el comercio que la satisfaccion de su importe se haga pronta y exâctamente, puesto que cada uno debe considerar ántes las que libra, endosa y acepta; se expidió una pragmática á 2 de Junio de 1782, por lo qual con derogacion de qualesquiera ordenanzas, estilos y costumbres contrarias se prescribe lo que deben practicar los Jueces superiores é inferiores. He aquí sus palabras. „Por la qual declaro por via de regla y punto general que toda la letra aceptada sea executiva como instrumento público, y en defecto de pago del aceptante la pague executivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra; y en falta de éste el que la hubiere endosado ántes hasta el que haya girado por su órden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones, ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco tenga necesidad de hacer excusion, quando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y dificil la paga por ocurrencia de acreedores ú otro motivo, pues basta certificacion del impedimento para recurrir pronta y executivamente contra los demas obligados al pago.„ Así pues, una vez aceptada y reconocida judicialmente la letra, aunque el aceptante no tenga fondos ó caudal del endosante, puede ser apremiado á satisfacerla, sin que le sirva esta excepcion, como ántes de dicha pragmática le servia para exîmirse.

20 Si el deudor niega la deuda y tambien su firma, no se debe despachar execucion contra él, aunque los testigos que presenciáron la extension de los papeles referidos, y los que los firmáron á su ruego ó firmáron de su órden, los reconozcan; porque la ley recopilada citada en el número 16 exîge que sean reconocidos por los mismos deudores, como evidencian estas palabras: *los conocimientos reconocidos por las partes ante el Juez que manda executar*; y faltando esta circunstancia indispensable, aun quando el deudor pacte y consienta que se estimen por escrituras públicas, y que no sea necesario su reconocimiento, no servirá esta convencion, ni tendrá vigor de instrumento público para decretarse en su virtud la execucion, porque nadie puede inmutar la forma y solemnidad prescriptas por derecho, ni para proceder executivamente basta el cotejo ó comparacion de letras con otras indubitadas del deudor, porque ésta á lo mas hace semiplena probanza, y aun

para la via ordinaria debe arreglarse el Juez á lo que previenen las leyes 114, 117, 118 y 119 tit. 18 P. 3 explicadas en el cap. 1 de este libro nn. 304 y 312; y así como no basta para despachar la execucion, tampoco para eludirla, aunque el deudor presente el papel y se coteje en el término de los 10 dias, por lo que se debe sentenciar la causa de remate y reservar al executado su derecho, para que hecho el pago baxo de fianza use de él en juicio ordinario. Tampoco bastan las deposiciones de los testigos, aun quando contestes digan que se los han visto firmar, reconozcan sus firmas y la del deudor, y testifiquen de la certidumbre del débito; ni prueba alguna por líquida que sea, la trae aparejada; porque esto es bueno solamente para que hagan fé en juicio, y que se pueda proceder ordinariamente á la condenacion, mas no para despachar la execucion: todo lo qual tendrá presente el Escribano y el Juez lego, pues acerca de esto se cometen muchos absurdos en los pueblos. Lo mismo debe observarse, quando es contumaz, y no quiere reconocerlos, ó huye, como se ha sentado en el n. 16, pues así lo practican los Jurispéritos.

21 Excepcionando el deudor en el mismo acto de su confesion y reconocimiento, como puede hacerlo y se le debe admitir, que no se le entregó la cantidad, ó cosa que se le pide, (pues la ley (a) no se limita al dinero, y se entiende á otras cosas, porque milita la misma razon) cuya excepcion llaman del dinero no entregado, si no han pasado los dos años que prefine dicha ley para oponerla, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, ó contraida la obligacion, no se debe despachar execucion en virtud de este reconocimiento, porque la qualidad ó excepcion propuesta es conjunta, individua ó inseparable de él, y por lo mismo no puede producir mérito en lo executivo, aunque el vale se halle autorizado y corroborado con la solemnidad del juramento.

22 Pero si han corrido los dos años contados desde la fecha del vale, se ha de despachar la execucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida excepcion, pues la circunstancia agravante del transcurso de los dos años sin oponerla ó pedir la vuelta del vale, ó entrega del dinero, produce el efecto de incumbir al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio en dicho tiempo. Lo mismo procede, quando confesó llanamente y despues del acto del reconocimiento la opone, porque es distinta é inconexâ de

(a) La 9. tit. 1 P. 5.

éste, y contra la confesion judicial pura no se admite excepcion que impida despachar la execucion: y tambien quando en el vale la renunció expresamente, aunque le reconozca ántes de los dos años; lo qual he visto declarado por el Consejo, pues ninguna ley manda que pueda renunciarse solamente en escritura pública, ni prohibe practicarlo en la privada; bien que para que la causa no se sentencie de remate, puede probarla dentro de los diez de la ley, y si no pudiese, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probándola en ésta tendrá el acreedor que restituir lo percibido.

23 Si dentro de los diez años contados desde la fecha del vale pide el acreedor su reconocimiento, (para lo qual basta pedir que reconozca la firma, sin ser necesario expresar que declare, si debe ó no la cantidad que consta en el vale, porque éste lo dice), y el deudor declara que la firma es suya, pero niega la deuda, exponiendo que está pagada, ó que no la contraxo, ú opone otra excepcion semejante, se ha de despachar la execucion sin embargo de la excepcion: porque del mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber contraido el débito, recibido el dinero ó cosa que se le pide, y quedado obligado á su solucion ó entrega, y que por consiguiente es maliciosa la excepcion; fuera de que el hallarse en poder del acreedor acredita que no se le satisfizo, ni éste se le remitió, pues de lo contrario le hubiera recogido, ó algun resguardo en que ésto constase; y así debe justificar la excepcion en el término para enervar la intencion del acreedor. Y lo mismo se debe practicar, aunque excepcione que tiene cuentas pendientes con el acreedor, porque lo líquido no se debe retardar por lo no líquido, y las cuentas exîgen mas prolixo exámen que la via executiva; de manera que debe pagar y luego usará de su derecho en la ordinaria.

24 Aunque en virtud del reconocimiento puro de escritura privada hecho por el deudor sin otros adminículos ni pruebas se puede despachar execucion contra él, no perjudica á los demas acreedores suyos que tengan escrituras públicas hipotecarias anteriores al reconocimiento de la privada, por lo que serán preferidos éstos al chîrografario; y mucho menos les perjudicará despues de formado el concurso, porque se presume hecho con fraude y ánimo de privarlos de su derecho. (a) Lo propio milita en su confesion hecha en los términos que el expresado reconocimiento.

(a) Ley 31 tit. 13 P. 5.

25 Lo mismo procede en la confesion del tutor contra su menor, en la del vasallo contra su señor, en la del Procurador ó mandatario contra el mandante, á menos que el poder tenga cláusula especial para ello, en la del Prelado contra su iglesia, en la del marido de haber recibido la dote contra sus acreedores, excepto que su muger lo pruebe por otros medios legales, como se ha dicho en la I. P. (*a*) y en el libro 1. de esta II. En la del padre que en su testamento dice haber recibido de un hijo suyo el precio de la finca que le vendió, pues no perjudica á los demas hijos; ó quando afirma que debe á un extraño cierta cantidad, si todos estos no lo justifican en otros términos. Y en los dos casos del padre se tendrá por legado respecto al extraño en lo que quepa en el quinto hasta en lo que alcance y quepa.

26 Qualquiera Juez, aunque sea incompetente, puede compeler á la parte á que reconozca el vale ó conocimiento que hizo; (*) mas por este acto no se radica el juicio, ni por él previene el Juez, y solo aprovecha al acreedor, para que en su virtud pueda pedir se le compela por el suyo propio á que persista en él.

27 El reconocimiento ó confesion extrajudicial no trae aparejada execucion, mas aprovecha para la via ordinaria, si se prueba por testigos; y aunque segun una ley Romana (*b*) debe estar firmado el judicial por la parte que le hace, para que en su virtud se pueda proceder, como nuestras leyes no previenen esto, basta la fé del Escribano, si la parte no sabe escribir, ó dice que no sabe, para despachar la execucion, lo qual es corriente en la práctica. (*)

28 Trae aparejada execucion el instrumento público original otorgado ante Escribano público ó Notario Real, ó Numerario que hace fé por tener todos los requisitos legales explicados en la I. P. cap. final, si está claro y no de modo que no se pueda entender su contexto: lo qual milita, aunque el sugeto á cuyo favor se formalizó, no esté presente, sea puro, condicional, ó á dia cierto del pago del dé-

(*a*) Cap. 22 n. 49.

(*) He aqui un absurdo manifiesto de los intérpretes; pero si se hubiesen de notar y demostrar todos sus errores, sería necesario escribir otros tantos libros como los que ellos publicaron, y de que están atestados los estantes de muchos profesores.

(*b*) La 28 § fin. Cod. de Testam.

(*) En la tasacion de costas no se han de incluir las que haga el acreedor hasta conseguir el reconocimiento del deudor, siempre que en éste no haya morosidad que impida el pago, pues el acreedor hace dichas costas para la legitimacion de su crédito.

bito, llegado el dia ó verificada la condicion, sin que el deudor necesite reconocerle como el papel simple. Pero es de advertir que aun quando haga fé, por hallarse autorizado por Escribano público, fiel y de buena fama, si es de aquellos de que éste no debe dar mas copias que la primera, llamada *original*, y aquella en cuya virtud se pide la execucion, es segunda ó tercera, sacada del protocolo sin la solemnidad legal explicada en el cit. cap. fin. n. 18, no se debe despachar y se despacha, es nula porque el instrumento no la trae preparada á causa de estar concedida solamente la virtud executiva á la primera y única por el mero hecho de prohibirse al Escribano el dar mas por sí solo de los instrumentos de esta naturaleza; mas siendo dadas con la solemnidad referida, sí, porque se subrogan en el lugar de la primera, y hacen sus veces en todo. Lo mismo procede en el traslado, ó testimonio por concuerda sacado de la copia original; pues una cosa es que pruebe y haga fé en via ordinaria, en la que ha de recaer sentencia que le corrobore; y otra y muy diversa el que tenga fuerza executiva. (*a*) Tambien es de advertir que sin embargo de que todas las copias sacadas por el Escribano que autorizó el protocolo, son originales, y hacen plena fe y prueba en la via ordinaria; y de que de aquellas de que por sí mismo sin decreto judicial ni citacion de parte no debe dar mas que una: esta sola es original, y la que trae aparejada la execucion, como se expuso en dich. cap. fin., no obstante, si se halla dada por concuerda con el protocolo ó con otra palabra equivalente; aunque sea en el mismo dia de su otorgamiento, y no subcripta por el propio Escribano, como debe hacerlo, segun lo manda la ley 54 tit. 18 Part. 3; (*b*) no se tendrá en estos reynos de Castilla en que rige, por la original y primera que es la que tiene la virtud executiva, ya porque la falta la subscripcion que por forma pone dicha ley diciendo, *debe*, cuya palabra denota necesidad y obligacion de hacer alguna cosa; y ya porque con omitir la subscripcion da á entender que ha dado otra copia, y que por esto le pone el *concuerda*, aunque

(*a*) Leyes 1, 2 y 19 tit. 21, y 19 tit. 25 lib. 4 R. ó 13 y 12 tit. 28 lib. 11 y 2 tit 14 lib. 2 N R.

(*b*) » E quando todo esto oviere escrito, debe dexar un poco de espacio en la carta, é dende ayuso (*abaxo*) facer y (*allí*) su signo é escribir y su nome en esta manera: Yo fulano Escribano público de tal lugar estaba delante, quando los que son escritos en esta carta, ficieron el pleyto, ó la postura, ó la vendida, ó el cambio ó el testamento, ó otra cosa qualquier, asi como dice en ella, é por ruego é por mandado del los escrivi en esta carta pública é puse en ella mio signo, é escrivi mi nome. »

le está prohibido dar por sí sin la expresada solemnidad mas que una de las de esta clase. Tendrá presente esto el Escribano para no dexar de subscribirla, ni causar por su omision perjuicios al acreedor, pues he visto oponer tal excepcion contra una execucion y darse ésta por nula; y porque hay muy pocos que lo sepan; aunque sean legistas, á causa de no haberlo explicado los AA. ni visto la ley; he tenido por indispensable prevenírselo á ellos y á los Jueces para que no despachen execucion en su virtud, no estando subscripta.

29 Lo mismo procede en la promesa futura de obligarse uno á otro dentro de cierto tiempo; pues pasado éste puede ser reconvenido el prometedor, porque ya queda obligado, del mismo modo que si promete liberar á otro, se estima hecha la liberacion, le sirve de excepcion contra él la promesa, y puede oponerla, como si estuviera hecha (*). Pero se ha de tener presente que para poderse executar el instrumento hecho ante Escribano, ha de ser Numerario, porque si pasó ante el Real, no se podrá, excepto que no le haya Numerario en el pueblo en que se formalizó, ó si le hay, sea hecho con su consentimiento para su protocolo, ó en la corte y chancillerías, en las que segun nuestro derecho pueden actuar los Reales, aun habiéndolos Numerarios (*a*); ó que sea instrumento concerniente á las comisiones para las que suelen diputarse los Reales: ó donde haya costumbre de que éstos autoricen instrumentos para sus registros, aun quando los haya Numerarios; pues como la prohibicion se impuso por tres razones; esto es, porque los protocolos no se extraviasen ó perdiesen, respecto no tener los Reales oficios públicos en que archivarlos: porque los Numerarios están sujetos á servir al pueblo en que lo son, como que contratan con él, lo qual no sucede á los Reales que son libres, y pueden usar ó no su oficio, y por esta sujecion y obligacion; y para que el pueblo esté bien servido, es justo no les defrauden sus derechos los que no tienen ninguna; y porque sufren varias cargas por razon de su oficio sin recompensa alguna; cesa la prohibicion por la costumbre, y por su tolerancia y

(*) Tambien trae aparejada execucion el instrumento condicional, luego que se cumpla la condicion, sea expresa, sea tácita, como la contenida en la promesa de dote; esto es, la de efectuarse el matrimonio; por lo que para pedir executivamente el marido el cumplimiento de aquella necesita probar haberse celebrado el casamiento, á no ser éste notorio; bien que si antes de cumplirse la condicion se despacha la execucion y el reo no apela, valdrá el proceso, siempre que se cumpla aquella en el [illegible] esta.

(*a*) Ley 1 tit. 25 lib. 4 R. ó 7 ti[illegible] N. R.

consentimiento. Tambien es de tener presente que aunque el Escribano Numerario haya hecho y autorizado el instrumento, si le hizo como persona y en forma privada sin signarle ó sellarle, no trae aparejada execucion, porque sin el signo no hace fé, mediante á que la ley inserta en el número precedente lo prescribe tambien por forma, mandando que ponga en él su signo, firma y subscripcion, y en el título que se expide á los Escribanos, se dice: que siendo puesto en los instrumentos el signo que el Rey les da, (el qual se figura en el mismo título) hagan fé y prueba; de que se deduce por el contrario, que si falta el signo, no la harán. Por tanto, los instrumentos que firman sin poner su signo algunos sugetos vanos y necios que tienen honores de Secretarios del Rey, certificando haber pasado ante ellos, no serán executivos, mayormente quando los Secretarios del Rey no tienen como tales facultad para autorizar instrumentos públicos, sin que se les expida, como se practica, notaría de reynos.

30 Se puede proceder executivamente en virtud de un instrumento otorgado fuera de estos reynos en pueblo donde no es executivo, siempre que tenga los requisitos necesarios para serlo aquí, porque en todo lo concerniente al órden del juicio se debe atender y atiende siempre al lugar en que se sigue, y no á el en donde se formalizó el contrato ó instrumento, aunque en lo substancial de éste se debe mirar al en que se celebró.

31 Para evitar dudas sobre si el que autorizó el instrumento es ó no Escribano, conviene que se compruebe ó legalice por dos ó tres „ que den fé no solo de que lo es legal y fidedigno, sino tambien de que el signo y firma puestos en él son suyos y los que acostumbra hacer.„ Este es el verdadero modo de legalizar los instrumentos, sin que baste decir *que es Escribano fiel, y legal*; porque puede serlo, y ser tambien suplantados el instrumento, signo y firma, como repetidas veces se ha visto, y se expuso en el cap. 1. de este lib. n. 300: lo qual tendrá presente el Escribano así para extender las comprobaciones como para dar ó no crédito á instrumentos autorizados y legalizados por quienes no conoce.

32 Asimismo trae aparejada execucion el instrumento en lo que contiene tácitamente, siendo conjunto de lo que está expreso en el. Así, aunque en la obligacion dotal ó instrumento de la deuda no se hable de su restitucion ó paga, se tienen por expresas y se puede proceder executivamente en su virtud. Lo propio sucede en lo que se compra en almoneda, pues no es menester pactar su satisfaccion,

porque se ha por expresa, mayormente quando es de la naturaleza de este contrato la solucion de lo comprado.

33 Es igualmente executivo el testamento solemne por la deuda, mejora, legado ó fideicomiso de cosa específica dexados en él, porque es instrumento público y se estima por tal como hecho ante Escribano; pero como discuerdan los AA. acerca de esto, convendrá prevenga el Escribano al testador, mande en su testamento *que se pueda pedir executivamente la cosa que lega en él*, en cuyo caso sacándose la cláusula con citacion del heredero, y presentándose testimoniada con cabeza y pie, ó si el testador no lo manda, haciendo el legatario que el heredero le reconozca judicialmente baxo de juramento, se puede proceder executivamente contra él, y así se practica.

34 En órden al legado, si le dexa el testador en su última enfermedad á su confesor, á su iglesia, convento, pariente ó deudo, léjos de poderse proceder executivamente será nulo, y el Escribano incurrirá en la pena de privacion de oficio que le impone la Real cédula de 18 de Agosto de 1771, cuyo tenor y el del auto acordado incluso en ella tengo por conveniente insertar. = Don Cárlos, &c. Sabed que por el auto acordado 3 tit. 10 lib. 5 de la nueva R. se dispone lo siguiente: „La ambicion humana ha llegado á corromper aun lo mas sagrado, pues muchos Confesores olvidados de su conciencia, con varias sugestiones inducen á los penitentes, y lo que es mas, á los que están en artículo de muerte, á que les dexen sus herencias con título de fideicomiso, ó con el de distribuirlas en obras pias, ó aplicarlas á las iglesias y conventos de su instituto, fundar capellanías y otras disposiciones pias; de donde proviene que los legítimos herederos, la jurisdiccion Real y derechos de la Real hacienda quedan defraudados, las conciencias de los que esto aconsejan y executan, bastantemente enredadas, y sobre todo el daño es gravísimo y mucho mayor el escándalo. Y aunque para ocurrir á todo convendria prohibir absolutamente á los Escribanos hacer escrituras en que directa ó indirectamente resulten interesados los Confesores, ó les quede arbitrio para disponer de los tales bienes en su favor, ó en el de sus comunidades ó parientes, castigando con las penas de falsarios á los tales Escribanos, dando por nulos los instrumentos; y que si de hecho contravinieren, queden aplicados los bienes á hospitales y colegios de huérfanos; por ahora teniendo presente haberse propuesto por los Fiscales el remedio de este daño varias veces, particularmente el año de 1622 y haberse estimado la materia por de algunas dificul-

tades, atendida la unidad y libertad eclesiástica, para poner la mano Regia en lo universal de tan graves daños sin el asenso ó concordato pontificio; no obstante contrayendo la duda á lo particular de algun género de mandas, comprehende el Consejo que las que hacen los fieles á sus Confesores, parientes, religiones y conventos en la enfermedad de que mueren, por la mayor parte no son libres, ni con las calidades necesarias, ántes bien muy violentas y dispuestas con persuasiones y engaños sin algun consuelo del enfermo que las dexa, en perjuicio de otros parientes suyos y obras mas pias: Y así acordó que no valgan las mandas que fueren hechas en la enfermedad de que uno muere, á su Confesor, sea Clérigo ó Religioso, ni á deudo de ellos, ni á su iglesia ó religion, para excusar los fraudes referidos, pues con esta moderada providencia no se restringe ni limita la piedad, porque el que le naciere de ella, ó de devocion, las podrá hacer en todo el discurso de su vida, ó si mejorare de la enfermedad; y de esta suerte se asegura el consuelo del donante en aquel aprieto, y se evitarán las persuasiones, sugestiones y fraudes con que le turban y truecan la voluntad contra la afeccion dictada por la naturaleza en favor de la propia familia; y para conseguir este bien en universal beneficio de los vasallos con seguridad en los medios de verle establecido y permanente, ya sea por concordato ó asenso pontificio, ó estatuyendo ley, se reservará su solicitud al tiempo en que S. M. mirare mas bien dispuestas las cosas, y entre tanto el Consejo pondrá toda su aplicacion al remedio en los casos particulares de que tenga noticia, castigando á los Escribanos que contravinieren á lo que por este auto se les manda, y zelando siempre sobre las Justicias, para que le hagan guardar por los medios que estén prevenidos en las leyes de estos reynos.,, Pero habiendo notado el mi Consejo en repetidos expedientes que se han seguido en él, el olvido y total abandono con que se ha mirado hasta ahora lo dispuesto en este auto acordado, dexando correr muchas disposiciones testamentarias contrarias en todo á su literal sentido, en grave daño y perjuicio del Estado, de mi Real Hacienda y de los particulares interesados; con el fin de evitarlos en lo sucesivo, en consulta de 23 de Septiembre del año próxîmo pasado me hizo presente el mi Consejo, habiendo oido ántes á mis dos Fiscales, lo preciso y conveniente que era tomar providencia para que esta saludable ley se guardase en los tribunales, y se evitasen los descuidos y negligencias que pueda haber para su observancia; y conformándo-

me con su dictámen, por mi Real resolucion publicada y mandada cumplir en mi Consejo pleno en 13 de Julio próxîmo pasado, entre otras cosas se acordó expedir está mi cédula: Por la qual en atencion ó los referidos exemplares antiguos y modernos que se han visto en el mi Consejo, disposiciones sugestivas, dolosas, é involuntarias, y para evitar, y precaver descuidos y extrañas interpretaciones en la observancia del citado auto acordado: Os mando que todos le cumplais segun su literal tenor, arreglandoos á él en qualesquiera determinaciones que diereis sobre los casos de que trata, baxo las penas en él contenidas, imponiendo como impongo igual pena de privacion de oficio á los Escribanos que otorgaren qualesquiera instrumentos en su contravencion, pues desde luego declaro nulos los que se executaren en contrario, que así es mi voluntad, &c. Ademas, por otra Real cédula de 13 de Febrero de 1783 se impone la pena de 200 ducados y suspension de oficio por 2 años por la primera vez á los Escribanos que autoricen semejantes testamentos, codicilos ó disposiciones, y asistan á los inventarios que hacen los Párrocos, quando sus feligreses mueren intestados, ó disponen á favor de su alma; y por la segunda vez doble multa y privacion de oficio; como tambien á los testigos que intervinieren en dichas disposiciones, 20 ducados á cada uno.

35 Trae tambien aparejada execucion el instrumento en que alguno promete y se obliga hacer alguna cosa, así en quanto á esto pudiendo cumplirlo, como en quanto á la estimacion ó interes cierto á falta de cumplimiento, con tal que se haya pactado el instrumento, y proceda en este caso su liquidacion. Y aunque el obligado tiene la alternativa de cumplir lo prometido, ó pagar el interes (*), puede no obstante ser compelido al cumpliento en siete casos, el primero, quando lo que ofreció, se debe practicar en juicio para alguna cosa que ocurra en él: el segundo, quando la ley le impone la obligacion de executarlo: el tercero, quando cede en beneficio de la república como el usar algun oficio ó arte: el quarto, quando el testador manda á su heredero ó legatario que lo hagan á favor de ella: el quinto, quando es sobre accion real como la entrega de alguna cosa: el sexto, quando el pro-

(*) Como segun nuestro derecho queda obligado qualquiera, de qualquier modo que quiso obligarse, quien prometa hacer alguna cosa, deberá á mi entender cumplirlo en todo caso y ser apremiado á ello, siempre que sea posible el hecho prometido y convenga al estipulante. Los intérpretes apoyan dicha alternativa no en las leyes patrias sino en las romanas fundada ó infundadamente.

metedor juró hacerlo; y el séptimo, quando lo prometió en instrúmento público. Asimismo si recayó sentencia, por la qual se le condenó á su execucion, no cumple con pagar el interes segun la ley 5 tit. 27 Part. 3 que dice: „ Y si la sentencia fuese dada contra algun demandado en razon de alguna cosa que deviesse facer dévelo apremiar que la faga assi como fue puesto, ó lo prometió. „

36 No trae aparejada execucion el instrumento novado, porque con la novacion se acaba la obligacion primera y se constituye otra nueva; se transfiere aquella en esta, y se desvanece por el segundo contrato el vigor del primero, y de consiguiente el derecho de pedir executivamente en su virtud. De la novacion y delegacion se habla en los nn. 180 y sig.

37 Asimismo no la trae aparejada el instrumento de arrendamiento por el tácito del año sucesivo á el en que espiró el expreso, pues sin embargo de que segun la ley (*a*) por el hecho de retener la heredad el arrendador tres dias despues de concluido el tiempo del arrendamiento es visto que quiere tenerla por un año mas con las condiciones, hipotecas, aprecio y seguridades anteriores, por ser accesorias al contrato principal, aunque no en lo tocante al fiador sino renueva la fianza y obligacion, como se dixo en la I. P. (*b*) no se comprehende en aquel para el efecto de ser executivo, excepto que se pacte en él, y proceda liquidacion y confesion llana del débito; por lo que en los contratos de arrendamiento conviene se ponga la condicion: „de que por el año ó años mas que el arrendador permanezca en el arrendamiento, ha de pagar la propia cantidad y renta que por los pactados expresamente, y ha de poder ser executado por la de cada uno en iguales términos sin ser necesario hacer prévia liquidacion, ni otra diligencia, y entenderse comprehendidos en el primer arrendamiento con la misma hipoteca, prelacion y seguridades, como si todo fuera especificado en él sin diferiencia en cosa alguna.„

38 Tampoco la trae aparejadada, ni hace prueba el instrumento público ó privado que se remite á otro, sin que conste primero de éste, sea por estar inserto en él, como debe estarlo, ó por manifestarse separado; en cuya atencion deben presentarse ámbos, y siendo privados reconocerse por el deudor, ó no presentándose, dar traslado liso y llano á éste el Juez, ó un mandato de pagar para que dentro de tercero dia exponga lo que convenga, y no despachar la

(*a*) La 20 tit. 8 P. 5. (*b*) Cap. 19 n. 27.

execucion, porque será nula, ó denegar al acreedor lo que pretenda, mandándole pida conforme á derecho. Mas esto se entiende, quando el referente nada dispone, ó es condicional la remision, porque si es causal ó el referente por sí mismo, y el otorgante se obliga en él, de modo que sin el relato consta claramente lo que se pretende en el referente, prueba y se puede executar en su virtud, como sucede en el en que el fiador se obliga á pagar la deuda que consta en otro, aunque éste no se exhiba en la sentencia, pues la dada en otro juicio perjudica al fiador, para que se proceda contra él executivamente sin nuevo proceso: en la obligacion que se hace por la cosa vendida remitiéndose á la venta: en el reconocimiento de censo, sea enfitéutico, consignativo, ó reservativo, sin que se produzca la escritura de imposicion, especialmente si en ésta se pactó así; y en otros casos semejantes. Y es de notar que si la cosa debida pereció por culpa del deudor, se puede proceder executivamente contra él por su importe en virtud de instrumento público.

39 No es executiva la escritura de obligacion en que hay intereses, y falta el juramento de su importe que deben hacer acreedor y deudor, como lo declara expresamente el capítulo 16 del auto acordado 16 tit. 21 lib. 5 Recop. cuyo literal tenor es el siguiente: „Por quanto al paso que se han desconcertado las monedas, y los contratos que se han hecho con ellas, se han desordenado los intereses del dinero anticipado, tomado á daño, ó retardado, y es justo que moderándose el precio de todas las cosas se reforme al mismo tiempo este exceso: ordenamos y mandamos que todos los intereses causados hasta hoy que estuvieren por pagar, y los que de aquí adelante corrieren por qualesquiera contratos, obligaciones ó negocios en que conforme á derecho se puedan pedir ó llevar intereses, aunque sean tocantes á mi Real hacienda ó por mí aprobados, no puedan pasar, ni excedan de cinco por ciento al año, ni haya obligacion de pagarlos mas que á este respeto, sin embargo de qualesquiera pactos ó contratos que haya hechos, ó se hicieren, los quales anulamos y prohibimos como injustos y usurarios, y so las penas impuestas por derecho contra ellos, sin que se puedan sustentar, ni defender con ninguna causa, ni color de daño emergente, ó lucro cesante, ni con otro algun pretexto, aunque sea en nombre de cambio; y revocamos la ley 9 tit. 18 lib. 5 de la Recop. y las demas leyes, órdenes y cédulas nuestras, y qualesquiera usos ó costumbres que uviere avido en contrario, ó uviere de aquí adelante. Y para excluir las obligaciones simuladas que se pueden ha-

cer en fraude de esta ley, incluyendo en ellas los intereses como suerte principal, mandamos que el deudor al tiempo que otorgare qualquier escritura ó cédula, en que se obligue á pagar alguna cantidad, declare en ella con juramento, si hay intereses y lo que montan, y el Escribano dé fé de tal juramento; y el acreedor para usar de la escritura ó cédula hecha en su favor haga el mismo juramento; y sin lo uno y lo otro no se pueda executar ningun instrumento ó cédula, aunque esté reconocida, ni admitirle las Justicias en ningun tribunal ni juicio ó fuera de él, ni haga fé, ni probanza para ningun caso ni efecto, porque queremos que lo susodicho sea tenido por forma substancial de qualesquiera obligaciones ó contratos que se hicieren ó celebraren por escrito; y faltando en ellos la dicha forma los declaramos por nulos, como si no se uviesen hecho ni otorgado, y no obstante el dicho juramento de entrambas partes, siempre que se probare lo contrario, se proceda contra ellos como usurarios y logreros conforme á derecho.,,

40 No es tampoco executiva la obligacion de satisfacer lo que se perdió en el juego, aunque sea de los permitidos, ni la de pagar las mercaderías que los mercaderes, plateros y otros negociantes fian á los novios para casarse, ni la que constituyen los hijos de familia de pagar quando se casen, hereden á sus padres, ó sucedan en algun mayorazgo ó en otros tiempos inciertos, á ménos que lo permitan sus padres: ni la hecha por estudiante sin consentimiento del que le tiene en el estudio, ni la que contrae la muger casada sin licencia de su marido: de todo lo qual como tambien de la inteligencia de la ley 63 de Toro, y dentro de que término se ha de pedir la execucion por obligacion personal y réditos de censo, se trató extensamente en la I. P. (*a*). Y es de advertir á los Escribanos que les está prohibido autorizar escrituras de obligacion de préstamo en mercaderías, y á los mercaderes y á otros dar cantidad alguna prestada en ellas de qualquiera especie que sean, baxo las penas que á unos y otros impone la Real cédula de 16 de Septiembre de 1784 que dice: ,, Don Cárlos, &c, Por lo qual mando subsista en su vigor y rigorosa observancia la ley del reyno quarta, título once, libro quinto de la Recopilacion que previene, que en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga y declare la mercadería que se vende, por menudo y extenso, de manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se dá por ello; y que para evitar

(a) Cap. 26 y cap. 28 nn. 16, &c. y 20, 33 y 51.

fraudes todos los Escribanos ante quien pasaren los tales contratos, lo hagan y cumplan así. Y prohibo absolutamente que ninguna persona comerciante, mercader ó de otra clase pueda dar ni dé á préstamo cantidad alguna en mercaderías de qualquier especie que sean: ni los Escribanos otorguen escritura alguna sobre tales contratos so pena de suspension de oficio por dos años al Escribano que las otorgare, y de perder la cantidad dada así á préstamo, aplicada por terceras partes, á Juez, Cámara y denunciador; bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario y de dificil prueba, teniendo el Juez ó Jueces ordinarios que conocieren de tales contratos, particular atencion á que si la persona que huviere tomado á préstamo en mercaderías solas, ó junto con dinero, acostumbrare á executar tales contratos malversando sus bienes y patrimonio, con justificacion correspondiente se le ponga la conveniente intervencion para evitar su desarreglo, con expresa derogacion de todo fuero privilegiado en qualquiera de los contrayentes en la forma que se expresa en otra cédula que se expide con esta fecha respecto al pago de los créditos de artesanos, menestrales, jornaleros, criados, acreedores alimentarios y alquileres de casas; entendiéndose todo sin perjuicio de que se observen en lo que fueren justos los contratos de cambio marítimo sobre mercaderías que suelen practicarse en los puertos de comercio con el fin de habilitarse los dueños de baxeles para la navegacion mercantil, y especialmente para la de Indias. ,, Asimismo en los artículos 4 y 5 de la Real cédula prohibitiva de la reventa, estanco y monopolio de granos, expedida en esta corte á 16 de Julio de 1790, se manda lo siguiente: Artículo 4. ,, El Sr. D. Felipe Quarto mi glorioso progenitor por su Real pragmática que forma la ley 14 tit. 25 lib. 5 de la Recop. estableció que no se pueda dar trigo ni cebada al fiado ni vendido, reservando el vendedor ó el que le prestó en sí la eleccion de cobrarlo en la misma especie ó en dinero, prescribiendo en ella con grande acierto lo que en esto se debe observar, pero como aquella disposicion es limitada á los adelantamientos de Burgos, Campos y Leon, y militan las mismas razones para lo restante del reyno, deseando mi paternal amor logren de aquel beneficio todos mis vasallos, no solo renuevo para los referidos adelantamientos la observancia de lo dispuesto en dicha ley, sino que quiero y ordeno, se extienda con generalidad á todas las provincias de estos reynos y señoríos; y el tenor de la citada ley es como se sigue,,—,,Ordenamos y mandamos que agora y de aquí adelante en

todas las ciudades, villas y lugares de los adelantamientos de Burgos, Campos y Leon las personas que vendieren trigo, cebada, centeno y otras semillas fiado, no puedan reservar en sí la eleccion de cobrarlo en dinero, ó en pan, sino que si el contrato fuere emprestido, la restitucion aya de ser y sea en el mismo género, y si fuere venta, la paga aya de ser en dinero, sin que el comprador quede obligado á darlo en otra especie, y habiendo de aver leccion, ésta aya de ser del comprador; y que no se pueda vender fiado ningun trigo, cebada, centeno, ni otras semillas á pagarlo á mayores valías de los mercados, probadas por testimonio sacado por el vendedor, ó por otra persona sin citacion del comprador, sino que el precio aya de ser ni el mayor ni el menor, sino el mediano que valiere en los quatro mercados continuos del mes ó meses que se señalaren por las partes; y para que se sepa el dicho precio y valías, mandamos que las Justicias de las dichas ciudades, villas y lugares donde se hicieren los mercados, de su oficio ante el Escribano de Ayuntamiento aviendo precedido informacion necesaria de ello, dexen declarado las dichas valías, y el Escribano lo tenga de manifiesto para dar certificacion de ello, por las quales se ha de estar y esté; y el precio mediano que resultare de los dichos quatro mercados, sea al que los compradores tengan obligacion y no mas; y las obligaciones y contratos que de otra manera se hicieren no valgan, y se reduzcan á lo que por esta nuestra se ordena y manda, so pena que el vendedor que contraviniere á lo susodicho, tenga perdido el pan que vendiere, ó valor aplicado por tercias partes Cámara, Juez y denunciador, y los Escrivanos no reciban las obligaciones, ni las obliguen contra lo que aquí se dispone so pena de quatro años de suspension de oficio y de cincuenta mil maravedís aplicados en la dicha forma.,,= Artículo 5. ,,Consecuente á la referida disposicion y deseando proveer de remedio oportuno á beneficio de los labradores cosecheros que entre año toman dinero ó géneros apreciados de mercaderes ú otras personas para sostener su labranza, y se ven precisados á la cosecha á cederles sus frutos á los precios que quieren los mercaderes ó prestadores: declaro deber quedar reducida la accion de éstos á percibir sus créditos en dinero con la prorata del interes al seis por ciento al año, si fuere comerciante el prestador, segun la prorata de los meses que hubieren corrido, baxo la pena de nulidad de lo que se hiciere en contrario, y la prohibicion de renunciar los labradores, aunque sea en contratos ó convenciones privadas, lo prevenido en esta disposicion,

y de que Escribano alguno pueda pena de suspension de oficio extender escritura opuesta á esta ley y disposicion, haciéndolo así observar los Jueces en los pleytos é instancias que vieren ante ellos, y aun procediendo de oficio contra los mercaderes ó prestadores que usaren estos medios reprobados.,,

41 El instrumento líquido ó liquidacion que consta por instrumento público, ó por confesion y reconocimiento judicial de la parte hecho en forma legal, sea de tutela, compañía fenecida, intereses, daños, ó de otra qualquiera clase de deuda, trae aparejada execucion, mas no, si no está líquido, y así no se debe proceder executivamente en su virtud hasta que se liquide (*). Si comprehende cantidad cierta de trigo, vino, aceyte ú otra especie semejante, puede despacharse execucion por la quota de la especie ántes que se liquide el valor de ésta, porque la incertidumbre del precio no hace incierto el crédito: si es de tutela, luego que el tutor dé la cuenta de ella y no ántes; y si ofreciendo darla con pago se le executare primero que la dé, será nula la execucion, y podrá impedir su progreso esta excepcion, si la opone: y si es de compañía, tendrá lugar la execucion, liquidadas que sean las de ésta, á ménos que se haya pactado en la escritura que por el capital se pueda executar ántes de liquidarse, luego que se disuelva, pues entónces habrá lugar por él la execucion, porque es líquido.

42 Por alimentos ó intereses de dote retardada se puede proceder executivamente sin necesidad de hacer liquidacion, porque la obligacion de los alimentos la trae aparejada, y los intereses de la dote se deben por derecho, como que se permite llevarlos, y se dan para ayudar á sostener las cargas matrimoniales, sin que por ello se cometa usura.

43 Pidiéndose execucion en virtud de un instrumento por lo líquido y no líquido, debe despacharse por aquello; aunque el deudor ofrezca, deposite, ó dé fianza por todo el débito, porque la execucion de lo líquido no se debe retardar por lo no líquido, ni se impide sino con la paga, y el depósito y fianza no son paga; excepto

(*) Esto es opinable, aunque la sentencia de Febrero siguiendo á otros muchos AA. es la mas corriente. Pero si con efecto se despacha la execucion por lo no líquido, y el executado no apela, se ha de continuar: de manera que no haciéndose la liquidacion en el curso de la execucion, y sentenciándose la causa de remate, si se interpone apelacion en este estado por haberse despachado la execucion por lo no líquido, no debe revocarse la sentencia.

que lo líquido y no líquido estén de tal suerte unidos que por la parte no líquida se reduzca á no líquida toda la cantidad, en cuyo caso se ha de hacer primero la liquidacion de todo para proceder executivamente, como quando el deudor recibe prestada cierta cantidad de dinero, á cuyo pago se obliga por escritura, y para que su acreedor se reintegre de ella, le cede las rentas de varios bienes, dándole poder para administrarlos, y las está cobrando algunos años; pues entónces, aunque en la escritura se expresa cantidad líquida, como lo no líquido percibido de las rentas del deudor la hace no líquida por ignorarse quanto es lo cobrado, no se debe despachar execucion por el todo ni parte de ella, hasta que se liquide y apruebe lo que el acreedor percibió en pago de su crédito. Pero si lo líquido se puede separar de lo que no lo está, para evitar el deudor que se continúe para ello la execucion, lo que debe hacer, es consignarlo y consentir se entregue al acreedor, ofreciendo pagar lo que se liquidare de lo que no está líquido, luego que se liquide, con lo qual cesa la execucion.

44 Para que el instrumento no liquidado la traiga aparejada, se requiere una de dos cosas: ó estimacion cierta de la cantidad, daños, expensas ó intereses segun la costumbre indubitada del pueblo, y que en ella convengan las partes, si en el mismo intrumento no se expresó su importe; ó que el obligado la defiera en el juramento y declaracion del actor, en cuyo caso si la regulacion del que jura, fuere excesiva, y lo expusiere así el reo, se ha de reducir por el Juez á lo justo en la forma explicada en el cap. 1 de este lib. n. 98, y por esto executarse.

45 Se puede hacer la liquidacion del instrumento no líquido por escrituras, probanza de testigos, contadores, ó juramento decisorio, ó en el pleyto, siendo pedido, segun lo exíja la cosa que se controvierte, con audiencia de las partes y conocimiento sumario; y por lo que el Juez declarare, y se liquidare y aprobaren aquellas, se ha de despachar la execucion. Y si se hace la liquidacion por testigos ó árbitros, y discuerdan en la cantidad, ha de regular el Juez á su arbitrio la que le parezca mas justa y moderada, y por su importe ha de despacharse tambien la execucion sin embargo de apelacion.

46 Aunque la liquidacion se haga á presencia de Escribano y de las partes, preceda para ella auto dado á instancia de la una, y ámbas la firmen, debe reconocerla y confesarla despues, ó ratificarse en ella baxo de juramento la que resulte alcanzada, y sin esta dili-

gencia no ha de despacharse execucion por el alcance, á causa de faltar el requisito legal, que es el reconocimiento jurado ante el Juez y Escribano, ó ante éste de su órden, en cuya atencion se tendrá por instrumento privado y servirá únicamente para la via ordinaria; pues la ley no permite que la liquidacion sea executiva sin aquel, ni el Escribano le presta toda la autoridad que al instrumento que se otorga ante él, ni para hacerla concurre la solemnidad de testigos que en el otorgamiento de éste, ni la corrobora con el signo ó carácter Real, para que no se pueda dudar de su contenido, lo qual he visto observar á los Jueces literatos como arreglado al espíritu de las leyes, y el practicar lo contrario es un error clásico: por lo que si alguno pide execucion en virtud de esta liquidacion, debe proveer el Juez: „No ha lugar por ahora á la execucion que esta parte pretende: pida conforme á derecho: „ es decir; pretenda el reconocimiento y ratificacion primero, y hecha llanamente, pida la execucion y se despachará.

47 En quanto á las cuentas extrajudiciales formalizadas por las partes ó alguna de ellas, ó por los contadores que nombran, sean de administraciones, gastos de pleytos, ó de otras cosas y negocios, es preciso distinguir. Si un Administrador ó encargado de negocios las da sin justificar los pagos que exigen documentos para su abono, (pues hay ciertos negocios en que se hacen gastos secretos, de los que no se puede sacar ni se debe pedir recibo sino estar á la asercion y buena fé del comisionado, ó no haberse fiado de él; y hay otros tambien como gastos en pleytos y otras menudencias de que no se estila dar recibo, por lo que ha de estarse á la relacion jurada y puntual del que da la cuenta hasta que se pruebe lo contrario) se ha de pretender para abreviar que las reconozca éste, y presente los documentos justificativos de la data; y que en virtud del reconocimiento, prodúzcalos ó no en el término prefinido, el Escribano liquide con citacion suya ante todas cosas las partidas no justificadas, y que con la propia citacion y audiencia se apruebe la liquidacion y pase en autoridad de cosa juzgada; y aprobada debe pedir que por lo que no resulte documentado, se expida mandamiento de execucion contra él como alcance líquido, saque ó no en la cuenta alguna contra sí: porque el cargo es confesion de lo recibido con obligacion de responder de ello, y cierto é indubitado como corroborado con juramento que es segunda confesion, y á la data ó partidas que debiendo estar documentadas, no lo están, no se debe dar crédito, á causa de faltarles

la justificacion que las debe acompañar, de suerte que queda líquido en su importe el cargo, por ser lo mismo que sino las datara. Así pues, no dudándose de éste por la confesion ó reconocimiento jurado y la liquidacion, no estando justificada la data como debe, y habiendo sido contumaz el reo en no haber querido producir los documentos sin embargo de habérsele mandado; se ha de despachar la execucion, no solo por el alcance que saque contra sí, sino tambien por lo que carezca de justificacion en la data, porque esto se presume puesto con el único fin de cubrir el cargo, y así no merece aprecio. De nada sirve alegar que la confesion y reconocimiento de la cuenta es conjunto con cargo y data, pues ademas de que el de ésta como hecho á su favor no le aprovecha, no es individuo é inseparable, aunque hecho juntamente ó á un propio tiempo, lo qual es muy diverso: por manera que no hace no líquido el cargo la parte de la data no justificada, porque puede haber lo uno sin la otra, ó ésta sin aquél, quando todo se suplió y nada se percibió y la data no justificada quando debe estarlo, no es data legítima sino suposicion de partidas para cubrir el cargo. Pero si el administrador documenta su cuenta y la jura, no se debe despachar la execucion, aun quando la reconozca, á pretexto de que pueden ser suplantados los recados de justificacion; porque éstos y el juramento inducen á su favor la presuncion de ser legítimos y verdaderos, miéntras no se acredite la suplantacion y falsedad, y sobre ésta como que exîge discusion y exámen mas prolixo, debe ser oido en via ordinaria. Si las cuentas se aprueban y reconocen en juicio con la solemnidad, legal, y quien resulta alcanzado consiente el alcanze, traen aparejada execucion, pero si falta este requisito, no son executivas, aun en el caso de que el que las formó por órden de los interesados, sea inteligente, timorato y fidedigno, y de que jure que son verídicas; por lo que se han de liquidar, exâminar y deshacer primero los agravios ó reparos que contengan, hasta que queden purificadas: lo qual parece debe proceder, aunque el dueño se haya obligado en instrumento público á pasar por la cuenta jurada que le diere su Administrador ó Apoderado, y á satisfacerle el alcance que saque en ella á su favor; pues sin embargo de que por esta obligacion suene que aprueba la cuenta, que confiesa por líquido el alcance, y que en caso de contener agravios le remite su importe; como pueden estar erradas, y ser excesivas ó dolosas algunas de sus partidas; como el error quita el consentimiento, lo excesivo se debe reducir á lo justo, el dolo futuro no se puede remitir ni renunciar por

pacto, la aprobacion debe recaer sobre cosa cierta pasada y no sobre la futura que no tiene exîstencia, la confesion ha de ser de lo que no admite duda, la execucion de lo que no se puede debilitar por medio alguno, el juramento no es decisorio del pleyto, por no concurrir para hacerle las circunstancias que prescribe el derecho; y la obligacion solo induce una mera confianza del dueño sin excluir el dolo ni error que el Administrador abusando de ella puede cometer; no se debe despachar la execucion hasta que se liquide y purifique: en cuya atencion lo que creo debe hacerse en este caso, es dar mandato de pagar contra el dueño, conminándole en la tercera providencia con la execucion, y si no obstante es contumaz y no acude á pedir los autos, despacharlas; mas acudiendo se le deben entregar y oirle en via ordinaria sobre los agravios que oponga á la cuenta. Pero si el dueño se obligó baxo de juramento á pagar á su Administrador el alcance referido, y en el instrumento le dió facultad para que por su importe procediese executivamente contra él sin otro requisito, diligencia, ni liquidacion, se podrá despachar la execucion, porque el juramento ha de observarse siempre que se pueda, y hecho el pago baxo de fianza usará de su derecho en via ordinaria por los agravios que halle en la cuenta, porque con el juramento no es visto haber perdonado ni aprobado el dolo ni error ignorados, miéntras no lo exprese clara y específicamente. Este es mi parecer en estos casos que no he visto así tratados en ningun autor. Y finalmente si un Administrador tiene sus cuentas aprobadas hasta cierto tiempo en las que alcanza al dueño, y otras posteriores sin aprobar, y éste pretende que las dé nuevamente de todo el tiempo de su administracion, debe resistirlo, porque con allanarse se perjudica en la accion executiva que por la aprobacion siendo reconocida puede intentar por el alcance líquido, y así las dará solamente del tiempo anterior, pedirá reconocimiento de la aprobacion de las precedentes y en su virtud la execucion, y el deudor justificará sus excepciones en los diez dias, ó sino las justifica, pagará reservándosele su derecho para la via ordinaria, en la que hará cada uno su probanza, como le convenga, sobre todas las cuentas, hecho el pago de lo líquido, aprobado y reconocido. (*)

(*) Si alguno solicita que otro le dé cuentas teniendo obligacion de dárselas, se las manda dar el Juez, y para hacerlas cada interesado nombra contador, ó el Juez en defecto del que no le nombrare, como asimismo tercero en caso de discordia. Los contadores precediendo su juramento hacen las cuentas y las presentan al Juez, quien da traslado de ellas á las partes para que las vean

48 Los libros de cuentas que alguno tiene en su casa y en los que sienta lo que dice le estan debiendo varias personas, no deben ser creidos en ésto, (*a*) porque la confesion que hace en los libros es contra tercero, y ésta no vale, como se ha sentado en el n. 14. Si las cuentas son de bienes del Rey, iglesia ó concejo y sus repartimientos, y se dan en juicio, se han de executar sin embargo de apelacion por su alcance, siendo reconocido en la forma propuesta y aprobándolas el Juez, no en otros términos. (*b*)

49 No se debe proceder executivamente contra el obligado á dar cuentas ántes que las dé, aunque se advierta y sepa que ha de resultar alcanzado en ellas, porque no hay cantidad líquida, y cierta; mas por los bienes que constan inventariados y por el capital puesto en la compañía bien se puede despachar la execucion, pactándose así en instrumento público, porque como indubitados no se les puede poner el reparo de no líquidos y errados. (*) Y una vez dadas las cuentas no se deben volver á pedir al que las dió, excepto que por él haya lesion, dolo ó error en ellas, en cuyo caso especificándolo claramente el que las pide, puede ser compelido el otro á reiterarlas. Tambien es de advertir, que quien pide por todo lo que contiene el li-

y adicionen en el término que les señala, con apercibimiento de que pasado las aprobará y mandará executar. Sino las adicionan en dicho término, las aprueba el Juez señalando un breve plazo para que se satisfaga el alcance, y sino se hace, se despacha por éste la execucion no obstante qualquiera apelacion ó contradiccion. Mas si las cuentas se adicionan en el término señalado, se da traslado de las adiciones á la parte, se sigue un juicio ordinario y se decide por el Juez confirmando ó revocando las cuentas, segun le parezca justo: de cuya sentencia ha lugar á apelacion, excepto en lo que los contadores ó su mayor parte estuvieren conformes; si lo confirma el Juez, trae aparejada execucion y ha de executarse sin embargo de apelacion dándose fianzas de volver lo que se recibiere en caso de revocarse, con frutos y segun se mandare. Esta es doctrina de Evia Bolaños que cita en comprobacion de ella la ley 14 tit. 21 lib. 3. R. ó nota tit. 31 lib 11 N. R.

(*a*) Así lo dispone la ley fin. tit. 18 P. 3. » Por ende decimos, que si fallaren en algun quaderno de algun home finado que le deve dar, ó facer otro alguna cosa, que tal escritura como esta non deve ser creida, nin face prueva, maguer pareciesse buen home aquel, que lo ficiesse escrivir, é oviesse jurado que era verdadera. » (*b*) Ley 22 tit. 6 lib. 3 R. ó 6 tit. 17 lib. 7 N. R.

(*) Por tanto, puede despacharse execucion contra el tutor ó curador por los bienes del pupilo ó menor puesto en el inventario, y los pupilos y menores podrán pedir sus bienes raices ántes de hacerse la cuenta final. Pero ántes de dar las cuentas no puede ser reconvenido el tutor sino en via ordinaria hasta que haya cosa liquida porque aun respecto de lo que conste se le entregó por inventario, puede excepcionar venta ú otro contrato que fuese útil al menor.

bro, debe estar no solo por las partidas que consta ha recibido el executado, sino tambien por las que éste tenga adaptadas como entregadas al executante, porque mas se juzgan conjuntas que separadas, y la confesion del executado no se puede dividir.

50 Los rescriptos, privilegios, cédulas y provisiones Reales que no ceden en perjuicio de tercero ni del público, ni han sido obtenidos con el vicio de obrepcion ó subrepcion, ni se oponen al derecho divino, natural, ni positivo, y por consiguiente son justos, deben ser obedecidos y traen aparejada execucion; (*a*) pero si ceden en detrimento de tercero, se han de executar solamente despues que se le oiga y provea sobre ello, y no de otra suerte, aunque contengan cláusulas derogatorias. (*b*) Y si son contra derecho positivo, contienen cláusulas especialmente derogatorias de éste, y se expidieron con las de *motu propio*, *cierta ciencia y poderío Real absoluto*, se deben executar; mas no, careciendo de ellos. (*c*) (*)

51 No vale el rescripto dado contra otro, á ménos que en aquel se haga mencion específica de éste derogándole, ó que no se le oponga la excepcion de no mencionarse en él el primero; (*d*) y si éste contiene cláusulas derogatorias de los subseqüentes, y la parte adquirió derecho en la cosa que se le concedió por él, es ineficaz el segundo careciendo de ellas, pues para derogar el primero se requiere necesariamente que las contenga, porque el Soberano á nadie quiere privar sin causa del derecho adquirido, sino ántes bien dexar indemne el de la primera concesion. Tampoco vale ni hace fé el expedido contra el estilo acostumbrado en el tiempo en que se expidió, porque se presume falso; (*e*) ni el obtenido por el excomulgado, (*f*) ni sin poder de la parte que suena, en materias de justicia, aunque sí en las de gracia. (*g*) (*)

(*a*) Leyes 2, 9, ó 2, 3, 4, 5 y 9 tit. 4 lib. 3 N. R. 20, 29, 30, 31, 36, &c. y 39 tit. 18 P. 3, y 1, 2, 3, 4, y 7 tit. 14, y 2 y 7 tit. 23 lib. 4 R. ó 2 tit. 18 y 4 tit. 33 lib. 5 N. R. (*b*) Dichas leyes 20 tit 18, 2, 3 y 4 tit. 14, y 2 y 7 tit. 23 lib. 4 R. (*c*) Leyes del tit. 14 lib. 4 cit.

(*) No es de presumir que el Soberano quiere abrogar ó derogar las leyes con un rescripto, sino es que lo exprese en éste.

(*d*) Cap. 3 de Rescript. Clementin. 2 de Sepult. Ley 36 tit. 18 P. 3.

(*e*) Ley 4 tit. 20 P. 3. (*f*) Cap. 1 de Rescriptis in 6 y ley 38 tit 18 P. 3.

(*g*) Ley 39 tit. 18 P. 3.

(*) Quando la Cámara concede rescripto, gracia ó privilegio sin conocimiento alguno y en perjuicio de tercero, pide á instancia de éste los papeles la Sala de Justicia del Consejo, donde se reveen con pleno conocimiento de causa y citacion de las partes, y justificado el perjuicio por los mismos privi-

52 Los juros, situaciones y libranzas dadas por el Rey, ó por los Ministros á quienes concede esta facultad, contra los Tesoreros, Cobradores y Administradores de la Real Hacienda, traen aparejada execucion; (*a*) como tambien las dadas contra los arrendadores de sus rentas, si las aceptan y reconocen judicialmente, y no en otra forma, (*b*) y si no las pagan dentro del tercer dia siguiente al requerimiento que se les haga á este efecto, deben satisfacer los salarios que por su morosidad se causen y devenguen. (*c*)

53 Y últimamente tambien la traen aparejada los tributos públicos y Reales, (*d*) y los diezmos y primicias de la iglesia, quando por instrumento executivo consta estarse debiendo, pues no constando se ha de proceder contra los deudores breve y sumariamente atendida solamente la verdad. (*e*)

§. II.

Quien puede pedir execucion y ser executado: quántas clases hay de bienes, y en quáles se puede ó no trabar; y si el acreedor que intentó la via ordinaria, podrá dexarla y pasar á la executiva.

54 En virtud de qualquiera de los documentos expresados en el §. anterior que traen aparejada execucion, puede pedirla toda persona á quien por derecho se permite camparecer en juicio, esté ó no nombrado en el instrumento, con tal que si no lo está, se trate de su interes y le competa accion por el instrumento, y que al tiempo de pedirla legitime su persona, pues no haciéndolo puede el Juez repelerle de oficio, y no debe despacharla. Así el socio puede pretenderla por las deudas de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consocios, (*f*) porque á estos está permitido defenderse judicialmente sin él dando la fianza expresada en la I. P. (*g*) como tambien el marido por la dote que se le prometió y no entregó, sea constante el matrimonio ó despues de disuelto, porque la hace suya

vilegios ú otros instrumentos, se retienen para que no use de ellos el privilegiado: si éste se halla en posesion, se revoca el privilegio, y sino se justifica un verdadero perjuicio, se remite la gracia á la Cámara para que tenga efecto. Así se práctica con arreglo á la ley 11 tit. 4 lib. 2. R.

(*a*) Ley 14 tit. 16 lib. 9. R. (*b*) Ley 9 tit. y lib. cit. (*c*) Ley 24 sig. (*d*) El tit. 14 lib. 6, el 6 lib. 7 y el 7 lib. 9 R. (*e*) Ley 5. tit. 7 lib. 9 R. (*f*) Ley 2 tit. 32 P. 3 y ley 6 tit. 10 P. 5. (*g*) Cap. 32 n. 11.

en virtud de la responsabilidad y restitucion á que se obligó, (a) y asimismo por los bienes parafernales como conjunto y á nombre de su muger; mas no cobrarlos sin poder suyo, porque no adquiere dominio en ellos como en los dotales; por lo que no es responsable á su importe, y solo le compete su administracion, no pactando con ella lo contrario al tiempo de casarse.

55 El heredero del acreedor justificando serlo por lo ménos al tiempo de la oposicion, puede pedir execucion contra el deudor de éste, y si hay dos ó mas herederos, cada uno por sola su parte, sino es que tenga poder ó cesion de los coherederos ántes de la litis, ó que pendiente ésta se le den ratificando lo que actuó; mas para que se le admita en el juicio, debe legitimar ante todas cosas su persona. Lo propio pueden hacer el comprador de la herencia contra los deudores de ésta, el testamentario universal, á quien dió facultad el testador para distribuir sus bienes, pues se tiene el lugar de heredero, y se le transfieren las acciones que aquel tenia; (b) y tambien el legatario y fideicomisario contra el que tiene lo que se le legó, sin que necesite cesion del heredero. (*)

56 Puede pedir execucion el fiador contra el deudor principal, por lo que pagó por él voluntariamente; ó apremiado despues de cumplido el plazo, presentando la escritura de obligacion que aquel hizo, y la cesion ó lasto del acreedor, tenga ó no otorgado á su favor el deudor escritura de indemnidad; pero si el acreedor no le cediere sus acciones, ni hubiese escritura de indemnidad, solo podrá intentar contra él la accion de mandato que le compete por haber hecho su negocio, (c) para reintegrarse de su desembolso en via ordinaria, á causa de no estar obligado á su favor executivamente, y de faltar la cesion y la indemnidad que traen aparejada la execucion; bien que lo mejor es que se las ceda en el acto de la paga, con lo qual cesa toda disputa.

57 Igualmente puede pedirla contra los demas fiadores por lo que pagó por ellos á prorata de la obligacion que cada uno constituyó, presentado el lasto del acreedor, pues sin él no se da accion

(a) Leyes 1 y 7 tit. 11 P. 4. (b) Leyes 2 y 4 tit. 10 P. 6.

(*) Si el difunto debia alguna cantidad á su heredero, de que consta por instrumento executivo, puede hacerse pago por sí mismo; pero sino tiene tal instrumento, se ha de nombrar defensor á la herencia, poner la demanda, citar á los acreedores de la herencia y probarse el crédito.

(c) Leyes 11, 16 y 21 tit. 12 P. 5.

al fiador contra los confiadores ni al mancomunado contra los compañeros, ya se formalice con fé de entrega del dinero, ya con confesion de su anterior recibo y renuncia de la excepcion del dinero no entregado, porque basta que en el lasto confiese el acreedor que el fiador le pagó su crédito por sí y por los confiadores, puesto que ninguna ley manda que intervenga la fé de entrega, ni por intervenir la invalida, ni priva al fiador del beneficio de la cesion de acciones, (*) y para que los fiadores y mancomunados no sean perjudicados, ha dispuesto el derecho que rehusando el acreedor dárles el lasto no tenga accion á exîgir de ellos su débito, y que esta excepcion obste el percibo hasta que se le dé. Si el negocio toca principalmente en todo ó parte al fiador ó mandato ó parte al fiador ó mancomunado, no le compete accion alguna contra los demas, porque hizo el suyo y no el de éstos. Si renuncian la excepcion de la cesion de acciones, puede el acreedor reconvenir á todos á prorota, ó por el todo á uno solo, y pagándole éste quedan libres los consocios; y si contraxéron fianza ú obligacion por ciertas y determinadas cantidades; v. gr. el uno por 20 y el otro por 40, &c. y alguno de ellos se constituye insolvente ó fallido, no están obligados sus consocios á pagar la parte de éste; pero si se contraxo simplemente, se ha de dividir proporcionalmente entre ellos porque es visto haberse obligado así y tomado á su cargo la insolvencia del consocio.

58 Disuelto el matrimonio puede pedir execucion la muger por la dote que su marido recibió, y por las arras que le prometió, contra sus herederos; como asimismo por la que se le ofreció y no entregó á su marido, contra el ofrecedor. Lo mismo procede por su mitad de gananciales contra los deudores de su marido, sin necesitar cesion de sus herederos, ni que se haga division y adjudicacion, porque le toca por derecho, y la hace suya, aunque en el instrumento no suenen las deudas á su favor sino al de su marido.

59 El Procurador ó Apoderado, tenga poder espacial para executar, ó general para pleytos, puede pedir execucion en su virtud; (a) mas no cobrar la deuda, sin que en él ó en otro conste de esta facultad, y sí solo pretende se asegure, hasta que su dueño acuda á su cobro. (b) Tampoco puede pedir la execucion de cosa juzgada, sino tiene poder especial para ello, ó el general carece de esta especiali-

(*) No es necesario en este caso que conste de la verdadera entrega, porque la cesion no es sospechosa.

(a) Ley 7 tit. 14 P. 5. (b) Ley 9 tit. 9 P. 7.

dad, por lo que en los poderes para pleytos conviene poner la cláusula: „ de que defienda el poder dante hasta conseguir executoria con execucion de ella, sin que para seguirla necesite nuevo y especial poder, pues se ha de tener por tal para ello y para todo lo demas que ocurra hasta la entera conclusion del negocio, y para quanto intente en su utilidad. „

60 La cesion de derechos y acciones puede ser de dos maneras, una *translativa*, y otra *extinctiva* ó *abdicativa*. La primera es aquella, por la que el cedente abdica y se priva del derecho que tiene transfiriéndole en el sugeto, á cuyo favor hace la cesion. Y la segunda es por la que se extingue el derecho de quien la hace sin traspasarle en otra persona, de suerte que es una privacion y renuncia mas bien que cesion, de lo qual se trata mas latamente en la I. P. cap. 7 y 23. Puede hacerse la cesion por comodidad del cedente y del cesionario, y se conocerá á la de qual de los dos se hace, atendiendo á quien toca el peligro del crédito cedido, pues á la de éste pertenece principalmente; bien que á veces suele efectuarse por utilidad del cedente y con riesgo del cesionario, y al contrario. En este supuesto digo que si la cesion se hizo por hacer alguna paga ó por otro motivo útil al cedente, puede éste, aunque sea despues de hecha, transigir el débito, confesar su paga, liberar de él al deudor, ó parecer en juicio y exigirle de él executiva ú ordinariamente. Y si la cesion se hizo por comodidad del cesionario no conservando ningun derecho el cedente, nada de lo dicho podrá practicar, y si lo practicáre, podrá repelérsele por la excepcion de cesion de acciones que es legítima y como tal admisible.

61 Así como el cedente puede pedir execucion por lo que se le debe, aun despues de hecha la cesion, así tambien el cesionario por el importe de lo que le ha cedido, ya sea en virtud de donacion, ya en la de venta, aunque no podrá pedir mas de lo que dió al cedente. Pero es de advertir que si la cesion es onerosa, se ha de hacer al tiempo que el cesionario entrega el importe del débito, pues mediando intervalo de nada servirá, porque como el acreedor está reintegrado de antemano, ninguna accion tiene ya que ceder; y así quando el dinero no parece al tiempo de la cesion, no se ha de decir que está hecho el pago, sino que se hará. Tambien es de advertir que para pedir execucion el cesionario contra el deudor, si la cesion se le hizo por escritura, debe presentarla quando la pide, con el documento del débito; y si es cesionario en virtud de endoso de algun vale ú otro

papel simple, no sòlo debe pedir y hacer que le reconozca el deudor que le hizo, sino tambien que el endosante ó cedente confiese igualmente su endoso, pues sin este requisito no acredita ser dueño y verdadero cesionario, porque puede haber substraido otro el papel, tomado el nombre del endosante, y hacer el endoso, ni por consiguiente ser parte legítima para repetir contra el deudor; y si se le opone esta excepcion, se enervará la execucion que sin la confesion ó reconocimiento del endosante se haya expedido. Sobre si es ó no preciso que el cesionario haga constar previamente la causa justa con que se le hizo, hay variedad de opiniones; pero en mi concepto no tiene obligacion de liquidar ántes su crédito, ni el deudor puede alegar injusticia en la cesion, pues no es de su inspeccion el que la causa de ésta sea ó no justa, gratuita ú onerosa, ni el que la haya ó no para hacerla, sino de pagar quando se le demande en su virtud, pasado el plazo, á lo qual puede ser compelido por el cedente ó legítimo cesionario; y solamente le competirá la excepcion de si es ó no reprobada por derecho, y de si fué hecha á persona cabilosa, ó mas poderosa por su empleo que el cedente, á causa de que en esto pudo haberse cometido dolo.

62 Puede ser executado el heredero del que contraxo la obligacion acreditando serlo realmente y no de otra suerte (*); pero si éste aceptó la herencia con beneficio de inventario, le hizo con pureza, y acredita haberle formalizado así, como debe hacerlo (pues no le basta protestar que le hará) se le ha de executar solo por su importe; y si la aceptó sin esta qualidad, puede ser executado por mas de lo que permita la herencia, aunque diga que no alcanza para la satisfaccion del débito (*a*).

63 Si el heredero del deudor reconociere llanamente el vale hecho por éste, se puede despachar execucion contra él por su importe; mas no puede ser compelido á hacer el reconocimiento, si no quiere; porque es cosa iniqua obligar al sucesor á que jure sobre lo que no ha visto escribir ni firmar, y sobre un hecho de que tal vez no tiene noticia, y porque además puede ser supuesto, para lo qual no faltan perfectos imitadores de letras que debiéran ser severamente castigados.

(*) No basta probar que aquel á quien se trata de executar, es hijo ó pariente del deudor difunto, aunque si compareciere en juicio como heredero, ó hiciese como tal algun acto, se tendrá esto por suficiente prueba.

(*a*) Leyes 10, 11 y 12 tit. 6 y 7 tit. 19 P. 6. Véase la I. P. y ésta II. cap. 1 nn. 39 y 40.

Así que, no reconociéndole en la forma expuesta deberá el acreedor seguir la via ordinaria para reintegrarse de su crédito.

64 Habiendo dos ó mas herederos del deudor ha de ser executado cada uno á prorata de su haber y no mas, porque la obligacion de su causante se dividió proporcionalmente entre todos: de modo que aunque éste los hubiese obligado, ó alguno no tenga de que pagar su quota, no se debe exîgir de los coherederos, excepto que el acreedor proceda por accion hipotecaria, pues entónces, como la obligacion sigue á la hipoteca, y es individua é inseparable de ella hasta que se extingue, puede proceder insólidum contra el que la posea, sea heredero, ó sucesor singular, sin que necesite hacer excusion ni division, quedándole la repeticion contra los demas partícipes con el lasto del acreedor por lo que satisfaga por ellos. Lo propio milita en el enfitéusis y censo consignativo por los réditos vencidos, sobre lo qual que es corriente en la práctica, véanse los AA.

65 Tambien puede executarse al hijo mejorado en tercio y quinto por las deudas de la herencia paterna, materna ó abolenga á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella, sépase al tiempo de la particion, ó despues quales son, y háyase hecho la mejora en cosa cierta ó incierta de los bienes del mejorante (*a*), y esto podrá practicarse en tres casos: el primero, quando acepta la herencia, y se le adjudican ésta y la mejora: el segundo, quando repudia la herencia y acepta la mejora, pues entónces se reputa heredero, y puede ser reconvenido á prorata, sin que preceda excusion en los herederos (*b*); y el tercero, quando se pide á un tiempo la execucion contra los herederos y el mejorado.

66 El sucesor del mayorazgo puede ser executado por el débito á que están obligados sus bienes, provenga éste de la institucion, háyase impuesto el censo ó gravámen sobre ellos con facultad Real, ó en otro caso permitido, y aunque el poseedor no haya heredado al instituidor; y quando se intenta solamente la accion contra el sucesor en el mayorazgo, y no proporcionalmente contra él y los herederos del fundador á un propio tiempo (que es lo que se debe hacer como mas seguro) se ha de continuar sin embargo la via executiva para evitar el rodeo dilatorio y perjudicial de demandar primero á

(*a*) Ley 5 tit. 6 lib. 5 R. ó 5 tit. 6 lib. 10 N. R. Véase la I. P. cap. 1 n. 116.
(*b*) Estos dos casos son los de la ley 21 de Toro.

aquellos, pues se debe proceder atendida la verdad del hecho, lo qual basta para compelerle á pagar.

67 No solo pueden ser executados los herederos instituidos expresamente, sino tambien los que en su lugar poseen la herencia del deudor, que llaman herederos *anómalos*, y son el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco que sucedió en los del delinqüente ó del que falleció sin dexar parientes, el monasterio ó convento por los que obtuvo en representacion del Religioso, ó los testamentarios universales á quienes el difunto cometió la distribucion de todos sus bienes en sufragios por su alma ó en otros fines; pues éstos hacen veces de herederos y están obligados á satisfacer las deudas de aquel cuya herencia poseen, porque es responsable á ellas.

68 Se puede proceder executivamente contra el poseedor de la cosa litigiosa, sea el pleyto pendiente al tiempo de su adquisicion sobre accion real ó personal, y aun quando se hubiese enagenado á Clérigo despues de empezado el litigio, puede el Juez secular proceder contra él y executar en ella la sentencia, hasta que se efectúe el pago, porque á qualquiera parte ó persona adonde vaya, lleva el gravámen con que está afecta, miéntras no se liberte.

69 La muger casada puede ser executada por la mitad de las deudas que contraxo durante su matrimonio juntamente con su marido, ó éste solo en quanto alcance su mitad de gananciales, y si ámbos se obligáron por el todo insólidum, se puede pedir á ella toda la deuda hasta en su importe; mas no si los renunció al tiempo ó ántes de casarse, ó despues de casada (*a*). Pero esto se limita, quando el marido se constituyó fiador de otro, y tuvo que pagar por él; pues una vez que no está obligada á la fianza, tampoco lo estará la mitad de sus gananciales (*b*).

70 Habiéndose despachado executoria contra ella ántes de contraer matrimonio se puede hacer execucion despues de contraido en sus bienes, aunque sean dotales, si carece de otros, citando á su marido, porque el importe de lo que debia no era suyo, ni pudo haberle entregado á éste por dote. Igualmente debe ser executada en sus propios bienes por el alcance de la tutela de sus hijos habidos en su anterior matrimonio, pues por la ley están obligados á su solucion, como

(*a*) Leyes 14 tit. 20 lib. 3 del Fuero Real y 9 tit. 9 lib. 5 R. ó 9 tit. 4 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 7 tit. 3 lib. 5 R. ó 2 tit. 11 lib. 10 N. R.

tambien los de su actual marido (*a*) (*).

71 Del mismo modo se puede proceder executivamente còntra el sócio obligado por las deudas de la sociedad, el qual tiene facultad de pagarlas de los bienes de ésta, y luego con el lasto del acreedor sacar del fondo comun lo que satisfizo por los consócios; mas no el importe de las que contraxo en su privativa utilidad, porque á éstas únicamente son responsables los suyos (*b*).

72 El deudor del deudor principal puede ser executado por el acreedor privado personal, con tal que concurran tres circunstancias: la primera, que aquel confiese el débito, ó conste por otro medio legal que es deudor del deudor principal: la segunda, que éste sea condenado á su solucion; y la tercera, que á conseqüencia de todo preceda excusion en sus bienes, y no los tenga, ó no alcancen para el pago total.

73 La excusion *es un juicio en que se averiguan exâcta y diligentemente las facultades del deudor principal, para que si está insolvente en todo ó parte, pueda el acreedor repetir por lo que no pague, contra los fiadores ú obligados secundariamente.* Es necesaria la excusion en los casos siguientes. El primero es, quando el deudor principal está presente (*c*), excepto que renuncie este beneficio. El segundo caso es, quando la finca hipotecada está en poder del tercero poseedor, pues entónces no puede éste regularmente ser reconvenido, sin que se haga la excusion en los bienes del principal (*d*), aunque sea por dote; bien que acerca de esto véase lo que se dirá en el n. 82. El tercero es, quando el deudor enagenó la finca en fraude de sus acreedores. El quarto, quando el padre enagenó los bienes que tocaban á sus hijos por su madre, pues éstos han de hacer excusion en los paternos para reconvenir al que posea los maternos enagenados (*e*). Y el quinto, quando la muger renunció el derecho hipotecario en el contrato de enagenacion que su marido hizo. Y es de notar que en una misma demanda y juicio se pueden intentar y seguir la causa hipotecaria y la de excusion.

(*a*) Leyes 23 y 26 tit. 13 P. 5, y 5 al fin. tit. 16 P. 6.

(*) »Esso mismo decimos que se haria, si muriesse el marido de alguna muger de quien oviesse fijos, é teniendo ella en guarda á ellos, é á sus bienes se casasse otra vez, que fincan estonce todos los bienes de la madre obligados á sus fijos, é aun los de aquel con quien casa, fasta que ayan guardador, é que les den cuenta, é recabdo de lo suyo.„ Ley 26 cit.

(*b*) Ley 16 tit. 10 P. 5. (*c*) Ley 9 tit. 12 P. 5. (*d*) Ley 14 t. 13 P. 5. (*e*) Ley 24 tit. 13 P. 5.

74 En los casos expresados en la I. P. cap. 19 nn. 7, 8 y 9: en el de que el deudor verdadero no pueda ser reconvenido con facilidad por razon de su persona ó del lugar ó privilegio; y en el de que el fiador se haya obligado con juramento á satisfacer la deuda, consintiendo en que se le reconvenga ántes que al obligado principal, se puede dirigir la accion executiva contra el mismo fiador sin hacer excusion en los bienes del deudor.

75 Lo mismo puede practicarse, quando el fiador es cambiante público, pues no goza del beneficio de la excusion por la utilidad general y buena fé que aquel debe tener y observar; como tambien quando el deudor tiene bienes, y no se puede hallar comprador sino con dificultad, dilacion y perjuicio del acreedor, en cuyo caso se le reputa insolvente, y éste no se halla obligado á esperar ni recibir sus bienes en pago por la tasa. Y debe tenerse presente que la sentencia dada contra el deudor principal puede executarse sin nueva citacion, nuevo juicio, ni proceso contra su fiador de pagar lo juzgado, no contra el de contrato ni el de comparecer en juicio, como afirman los AA. Tambien es de tener presente que el fiador que paga como tal, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al obligado principal y á prorata á los confiadores, y hasta que se le dé, no debe ser compelido á pagarle, aunque esté condenado á ello por executoria.

76 Por las deudas del concejo se debe hacer execucion en sus propios, quando se convirtiéron en su utilidad y el ayuntamiento las contraxo en su nombre, segun parece, no si los individuos de él se obligáron en el suyo, ó no se convirtiéron en utilidad de aquel. Mas sin embargo véase á Rodriguez que controvirtiendo este punto afirma con varios AA. que conviértanse ó no en utilidad del concejo, se ha de dirigir la accion contra sus propios, y no contra los bienes de los que le representan, porque no se obligan como personas privadas sino como individuos de él y en su nombre, y que si los individuos del ayuntamiento obligan los bienes del pueblo y de sus vecinos, y éstos lo consienten, ó hay costumbre de que puedan obligarlos á falta de propios del pueblo, quedarán obligados á prorata y podrán ser executados: segun se observa.

77 No ha lugar á la execucion contra el comprador de la herencia, á ménos que el acreedor no pueda cobrar su deuda del vendedor; ni contra el donatario, excepto que el donante no haya dexado ningun otro heredero, pues entónces se reputa universal.

78 Contra el usufructuario singular no ha lugar tampoco á la execucion, pero sí contra el universal, y se ha de pedir contra los bienes y heredero propietario, con el qual y con el usufructuario se debe seguir y substanciar, porque se trata del perjuicio de ámbos; aunque Salgado dice con otros muchos que cita, que los acreedores no tienen accion contra el usufructuario sino contra el heredero, porque pasan inmediatamente á éste todas las acciones activas y pasivas del testador, y sucede en ellas (*).

79 Sin embargo de que el tutor se obligue como tal por las deudas de su menor, no ha lugar á la execucion contra él ni sus bienes, á ménos que no manifieste los de éste; pues ofreciendo dar cuenta con pago, como regularmente se hace en semejantes contratos, se ha de proceder contra él en via ordinaria, porque con su oferta excluye ó impide el uso de la executiva, hasta que conste el alcance líquido, excepto que se obligue en su propio nombre (a). Y si el menor no tiene curador, se le debe dar para seguir el pleyto, nombrándole él en caso de haber entrado en la pubertad, ó el Juez, si se resistiere á nombrarle, ó el que nombre no admitiere el encargo por excusa legítima que le exîma de ello. Pero acabada la tutela no habrá lugar á la execucion contra los fiadores del tutor por las cosas que éste de su espontánea voluntad administró pertenecientes á su menor, porque es negocio y obligacion nueva, á que aquellos no se constituyéron responsables.

80 Lo propio milita en los Administradores, Factores y Procuradores que como tales se obligan por sus principales; pues se puede proceder contra ellos durante su encargo y no despues porque incontinente que cesáron en él, espiró su obligacion, aunque no la de éstos.

81 Regularmente hablando no tiene lugar la execucion contra el tercero poseedor de los bienes obligados; esto es, del que los hubo por título de venta, donacion ú otro singular, ya se pretenda por cosa juzgada ú otro instrumento que la traiga aparejada y sea anterior al del tercero, ó ya se proceda por accion real ó personal, pues primero se ha de dirigir contra el principal y sus fiadores, haciéndose excusion en sus bienes, y luego ha de seguirse con el tercero en via ordi-

(*) Si el usufructuario satisface la deuda, porque no se vendan los bienes, acabado el usufructo podrá retenerlos hasta que se le pague.

(a) Ley 17 tit. 16 P. 6.

naria, hasta que por executoria se anule el título con que posee, revocándose la enagenacion hecha en él (*a*); y le basta probar su posesion sin necesidad de presentar el título de ésta que es suficiente alegar.

82 He dicho *regularmente hablando*, porque hay trece casos en los quales se puede proceder executivamente contra el tercero poseedor, citándole previamente para todas las diligencias executivas, porque se trata de su interes, sin ser necesario hacer excusion en los bienes del principal ni citarle, aunque haya algo que liquidar, pues basta hacer la liquidacion con el tercero. El primero es, quando la cosa que posee, se halla hipotecaria especialmente á la deuda: el segundo, quando la posee con título evidentemente nulo, en cuyo caso y no en otro se admite la excepcion de nulidad como notoria para poder seguir la execucion: el tercero: quando el título proviene de contrato simulado, pues es nulo *ipsojure*, aunque no, siendo fraudulento, porque en este caso no es nulo, sino que se debe recindir ó suplir su justo precio por el engaño que hubo en él, y esto ha de ser en via ordinaria: el quarto, quando el deudor se obligó á no enagenarla, sino con el gravámen del debito, hipotecándola tambien á la observancia de este pacto, y sin embargo la vendió ó enagenó sin aquel; pues como la enagenacion es nula en virtud de la obligacion constituida, se considera que permanece su dominio en el deudor, segun se ha sentado en la I. P. (*b*), mas no si faltó el pacto, porque entónces debe preceder la excusion en los bienes del obligado principal y despues seguirse via ordinaria contra el tercero (*c*): el quinto, quando el deudor no ha entregado los bienes enagenados, pues ántes de su tradicion, ó posesion verdadera ó ficta se puede trabar en ellos la execucion, porque hasta que se entregan al tercero, no se hace dueño ni verdadero poseedor (*d*); excepto en las deudas y acciones en que con solo el título y enagenacion, y sin necesidad de cesion se le transfiere su dominio: el sexto, quando el tercero tiene en mutuo, comodato, ó depósito la cosa hipotecada, porque la posee en nombre del deudor y no en el suyo, y así la sentencia en que se condena á éste, se ha de executar con su citacion en la cosa contra su tenedor: lo qual procede tambien, quando la tiene arrendada simplemente, pues ni el acreedor está obligado á pasar por el arrendamiento, ni la accion personal del arrendador impide el uso real de la

(*a*) Leyes 1 y 3 tit. 17 P. 3, y 7, 14 y 38 tit. 13 P. 5. (*b*) Cap. 20 n. 31 y cap. 28 n. 33. (*c*) Ley fin. tit. 5. P. 5. (*d*) Ley 14 tit. 13 P. 5.

enagenacion de la cosa arrendada, bien que los frutos pendientes son suyos; pero si en la escritura de arrendamiento anterior á la obligacion hipotecaria se pactáre que durante el tiempo de él no se ha de poder gravar ni enagenar la finca hipotecándola á la observancia de este pacto, tendrá lugar la execucion en aquella y en sus rentas, y hasta que espire el arrendamiento, no podrá ser despojado el arrendador: el séptimo, quando la muger contraxo la deuda ántes de casarse; pues se puede proceder por su importe contra sus bienes dotales y contra su marido que los posee en su nombre, subsidiariamente, y á falta de los parafernales y de otros extradotales, por no ser justo que por haberse casado perjudique á sus acreedores: el octavo, quando el deudor enagenó la finca despues de executada, pues se puede continuar en ella la execucion, por haber sido dolosa su enagenacion: el noveno, quando el tercero adquirió la cosa litigiosa despues de emplazado el deudor sobre su dominio ó quasi dominio, ó por accion personal despues de la contestacion, por haberse hecho tambien con dolo la enagenacion, lo qual se presume, quando se hizo á conjunta persona, ó no se recibió el dinero, ó no consta de su paga sino por confesion del enagenante, ó el deudor enagenó todos ó la mayor parte de sus bienes pendiente el pleyto, de modo, que no dexó con que pagar; el décimo, quando el acreedor tiene accion real, y el deudor hizo cesion de bienes, ó él ó éstos están ausentes de aquella jurisdiccion, ó aunque se hallen presentes, no puede el deudor ser reconvenido, ó es notorio que no puede pagar: en cuyos casos basta acreditar la excusion en el principal para repetir contra el tercero, aunque no haya dolo ni fraude; pero si le compete solamente accion personal contra él, es menester no solo hacer la excusion en sus bienes sino tambien probar haber sido dolosa la enagenacion: el undécimo, quando el deudor entregó al acreedor la prenda ó hipoteca, ó le dió su posesion real ó ficta constituyéndose poseedor precario de ella en su nombre, y despues la enagenó (*a*): el duodécimo, quando el acreedor dirige su accion contra la deuda de su deudor obligada, pues no necesita hacer excusion en los demas bienes de éste para executar al suyo: y el décimotercio por débitos reales, pues aunque el tercero no sea sucesor universal ó heredero del deudor fiscal, sino que posea por título particular de compra, donacion ú otro los bienes de éste, puede el fisco usar contra él como

(*a*) Ley 14 tit. 13 P. 5.

su poseedor de la via executiva, no obstante que el deudor los haya adquirido despues de celebrado el asiento ó contrato de arrendamiento con el Rey, estén especial ó generalmente obligados, respecto no distinguir la ley: lo qual se prueba del cap. 11 de la 27 tit. 11 lib. 9 R. que dice: „El derecho de la via executiva que se tiene contra los bienes que obligan, es mi voluntad que pase contra los terceros que sucediéren en los bienes obligados por compra, donacion ó herencia, ó por otro qualquier título.„ Pero no se amplía su disposicion á otros casos fuera del de arrendamiento de rentas Reales, como afirma Noguerol (*a*).

83 Para que el acreedor pueda proceder executivamente contra el tercero poseedor, es preciso que éste tenga título ó causa del deudor, contra quien competia principalmente al acreedor el derecho de executar. Se dice tener título suyo, no solo quando hubo la cosa de él mismo sino tambien de otro ú otros que la hubiéron de él: por lo que justificándose que el deudor la poseía al tiempo que contraxo la obligacion, se presume que el tercero tiene título ó causa suya, y se puede proceder contra éste, aunque se hayan pasado muchos años y mediado diversos poseedores, y reconvenirle en el lugar y fuero que al deudor principal, porque se le transfiere *ipsojure* la hipoteca con este gravámen.

84 Quando ha lugar la execucion contra el tercero poseedor, no debe oponer como tal otras excepciones que las que competian al deudor principal en cuyo lugar se subrogó, porque el que sucede en el de alguno, debe usar del mismo derecho que éste, el qual no puede transferirle mas que el que tiene; pero podrá usar de las que por su propia persona ó por otra le sufraguen. Y si el acreedor ignora que hay otro poseedor mas que el deudor, no necesita litigar con el tercero, especialmente si es Clérigo, y basta citar solamente al deudor.

85 En la I. P. (*b*) traté, aunque ligeramente, de las clases ó especies de bienes que hay, y ofrecí tratar de ellas en éste con extension. Los bienes se dividen en *muebles*, *semovientes y en raices*: muebles y semovientes son los que segun su naturaleza, y sin deshacer su forma se mueven por sí mismos ó pueden ser movidos, y raices los que ni se mueven ni pueden ser movidos.

(*a*) Sobre si el tercero poseedor con título y buena fé de los bienes hipotecados á la seguridad del censo puede prescribir su hipoteca, véase la I. P. cap. 20 n. 44 y cap. 30 n. 20. (*b*) Cap. 28 n. 1.

86 Son tambien raices los alfolíes, graneros y horreos de que usan en Asturias, y las cubas, tinajas y otras cosas semejantes que por ser grandes no se pueden mover; ó aunque se puedan, están metidas en la tierra; mas no, si no lo están y se pueden mover sin deshacer su forma (*a*). Lo mismo se ha de decir de las tejas, ladrillos, piedra, madera, puertas, ventanas, llaves, cerrojos y demas cosas metidas en la fábrica de una casa, ó quitadas para volverlas á meter: como asimismo del molino, sus rodeznos, muelas y demas aperos tocantes á su edificio, hallándose puestos en él ó quitados para volverlos á poner, porque todas estas cosas son de la casa y molino, se contemplan parte necesaria de ellos y siguen su naturaleza; pero si no se hallan puestas, aunque estén preparadas para este efecto, ó si se quitáron con ánimo de no ponerse, se tienen por muebles (*b*).

87 Se reputan igualmente bienes raices los colmenares, palomares y estanques de pescados estando incorporados ó metidos en la tierra, y muebles, si se hallan separados y son movibles, ó quando se mencionan solamente las abejas, palomas y pescados (*c*). El hato de ganado, si se considera con el sitio en que está, se tiene por cosa raiz, y si separado de éste, por semoviente (*d*). Lo propio milita en los frutos, los quales estando pendientes en los árboles, viñas, olivos y heredades que los producen, como son parte del fundo, se consideran raices, y si están cogidos y separados de ellas, se consideran muebles.

88 Los derechos y acciones hacen quarta especie de bienes, y quando es necesario guardarlas, se tienen por muebles y raices, segun la clase á que competan, en cuya atencion las deudas se contemplan muebles, porque miran principalmente á la persona, la siguen siempre, y se puede hacer execucion en ellas á falta de otros bienes.

89 Los censos y oficios públicos, aunque sean vitalicios, y los derechos perpétuos que pueden ser hipotecados y admitir gravámen, son raices, y en quanto á los réditos de censos distinguen los AA.: si se trata de los anuales y de sus derechos, dicen que se han de numerar entre los bienes raices, y si de los corridos, entre los muebles; como tambien si lo son de censo redimible, ó del que se constituye hasta cierto tiempo, y de pensiones redimibles: pero yo siempre los tendré á todos por muebles.

(*a*) Ley 29 tit. 5 P. 5. (*b*) Ley 28 tit. 5 P. 5. (*c*) Ley 6 tit. 20 P. 2. (*d*) Ley 3 tit. 21 P. 2.

90 En los mandamientos executivos se pone la cláusula *hacedla conforme á derecho*: que es decir, que el alguacil no trabe la execucion en bienes que no deben ser executados; pues aunque regularmente hablando se puede hacer ó trabar execucion en todas y en qualquiera de las tres clases de bienes expresadas, hay varias excepciones que se expresarán.

91 Se puede hacer ó trabar la execucion en la finca dada en enfiteusis, dexando salvo para el señor del dominio directo su pension anual; pero si se concedió no para los herederos sino para los hijos y nietos como tales, no puede embargarse ni venderse, ni el dominio útil para satisfacer á los acreedores del enfiteuta, porque éste no es dueño absoluto de él sino por su vida, y de venderse se perjudica á sus sucesores, si bien se podrán seqüestrar los frutos para hacerles pago, miéntras viva, y despues pasará libremente al sucesor.

92 Tambien se puede hacer en la cosa afecta á servidumbre y venderse con ésta, y en los frutos y comodidad de alguna finca que corresponden al usufructuario (*a*). Igualmente se puede hacer por contrato ó delito en los bienes castrenses y quasi castrenses del hijo que está baxo de la patria potestad, y en los adventicios que posee, si su usufructo no toca á su padre; mas no en la propiedad de ellos, quando le pertenece, ni tampoco en su usufructo, excepto que sea por deuda privativa del padre.

93 Asimismo puede hacerse en los oficios públicos renunciables y vendibles, compeliendo al deudor á que manifieste su título, y precedida licencia del Soberano los renuncie á favor del comprador, en términos que no queriendo hacer la renuncia, ha de darla el Juez por hecha, porque estos oficios se venden, ceden, enagenan, hipotecan, dan en pago á los acreedores, y aplican á los herederos del dueño en la particion de sus bienes, como se ve diariamente. Pero si no son renunciables y se acaban con la muerte del concesionario, no se puede hacer execucion en ellos, á ménos que sea únicamente por la vida de éste; pues entónces se puede trabar en su comodidad y frutos.

94 En la jurisdiccion libre que el deudor tiene en algun pueblo ó sitio, se puede hacer y trabar la execucion igualmente que en otra qualquiera finca que lo sea, y por consiguiente se puede embargar, vender, gravar, hipotecar y dar en pago al acreedor por el total de su débito ó en parte de pago de él, si su precio no alcanzáre á cubrir-

(*a*) Ley 8, 20 y 21 tit. 31 P. 3.

le, porque en estos reynos se conceptúa y estima como cosa patrimonial, por ser hereditaria; pero no, si está anexa á algun título ó dignidad como ducado, condado ó marquesado.

95 Del propio modo puede trabarse en los bienes dotales de la muger y en sus frutos por la deuda que contraxo ántes de casarse, porque pasan al marido con sus cargas, las quales se deben satisfacer de los del verdadero deudor; mas esto se entiende no habiendo otros que le pertenezcan, pues si los hay, se ha de hacer primero en ellos la execucion, porque es justo no se cause detrimento al marido que creyó tener alivio en los dotales para sostener las cargas matrimoniales. Asimismo puede trabarse en los frutos dotales por el débito que durante el matrimonio contraxo el marido, ó ella misma por su hecho propio y con su licencia, si en ésta puso la cláusula expresada en la I. P. (*a*), excepto que excedan de lo necesario para la manutencion de ámbos y de su hijo, de quien era tutora; ni tampoco su segundo marido, ó que el débito se hubiese contraido precisamente para mantener á la muger é hijos, pues en estos tres casos se podrán executar los frutos referidos.

96 Gozan de exêncion y privilegio para no ser executadas las cosas sagradas y religiosas dedicadas al culto divino (*b*). En órden á las capillas y sepulturas pertenecientes al deudor, hay variedad de opiniones: unos dicen absolutamente que no pueden executarse, á ménos que se comprehendan en el total de bienes; y otros distinguen de este modo: si al tiempo de la ereccion de la iglesia reservó en sí el Patrono el derecho del sepulcro (lo propio se ha decir de la capilla), se puede hacer execucion en él, porque es mere temporal y profano, y quando hizo la reserva, no estaba consagrada la iglesia: y si le adquirió despues de la ereccion, tambien, porque por razon de esta preeminencia es igualmente temporal, y como tal puede venderse y transferirse, al modo que quando queda profano. Lo mismo afirman del derecho de patronato, especialmente si está anexo á herencia ó mayorazgo, pues puede pasar al acreedor con el total de los bienes.

97 Está exceptuado de la execucion el derecho de usufructuar, porque es personal y no se transmite á otro; y lo propio milita por la misma razon, quando el deudor tiene el mero uso (*c*). Tambien

(*a*) Cap. 28 n. 52 al fin. (*b*) Leyes 3 tit. 13 P. 5 y 7 tit. 2 lib. 1 R. ó 3 tit. 5 lib. 1 N. R. (*c*) Leyes 20 y 21 tit. 31 P. 3.

lo están los mármoles, columnas y otras cosas puestas en los edificios para su adorno, (excepto que se haga igualmente en estos la execucion) porque son parte suya, y de quitarse se causa deformidad. Asimismo lo están las servidumbres reales que son las que unas fincas, sean rústicas ó urbanas, deben á otras, á ménos que se haga juntamente en las propias cosas, porque no se pueden separar de ellas (*a*).

98 Aunque segun varias leyes (*b*) no debe trabarse execucion sino por débitos Reales en la morada, armas, caballos y mulas que tuvieren, y en que anduviesen los Caballeros é Hijosdalgo, solamente se observan respecto de la morada, y aun si carecen de otros bienes, se traba en ella, porque no es justo que el acreedor se quede sin su crédito que de justicia y en conciencia se le debe, mayormente quando el deudor puede buscar y alquilar otra para vivir; pero si estuviere hipotecada especialmente con otros bienes á la seguridad de algun censo ú otro crédito, y el deudor vendiere éstos ocultando el gravámen y quedándose solamente con la casa, yo aconsejaría que en todos se trabase, porque la obligacion sigue á la hipoteca, y el comprador debe mirar con quien contrata; y aun quando en este caso se trabe en la cosa sola, no se anulará, por el delito que cometió el deudor en la ocultacion del gravámen.

99 Tampoco debe trabarse en las armas y caballo de otro qualquiera, aunque sea por deuda Real ú otra privilegiada, y carezca de otros bienes (*c*); ni en las yeguas de vientre, sus crias y caballos que tuvieren los criadores, pues no se debe contar en la valuacion y aprecio de sus haciendas para este efecto (*d*); ni en los libros de Estudiantes y Abogados, aun quando carezcan de otros bienes, porque se equiparan á las armas.

100 No deben ser executados el estipendio, sueldo ó salario del Oficial público, soldado y Togado sino á falta de otros bienes; ni el de los Doctores que enseñan públicamente, ni el de los Clérigos (*e*); porque no se distraigan del ministerio público, regio ó eclesiástico,

(*a*) Ley 12 tit. 31 P. 3. (*b*) Las 6 tit. 17 lib. 5 ó 13 tit. 31 lib. 11 N. R. 9 tit. 1 ó 1 tit. 9 lib. 6 N. R. y 3, 4, 5, 13 y 14 tit. 2 lib. 6 R. ó 1, 2, 9, 13 y 15 tit. 2 lib. 6 N. R. y 23 tit. 21 P. 2. (*c*) Leyes 27 tit. 21 lib. 4 y 9 al fin tit. 1 lib. 6 R. ó 14 tit. 17 lib 9 y 1 tit. 2 lib. 6 N. R. (*d*) Leyes 2 y 5 cap. 6 tit. 17 lib. 6 R. ó 2 y 5 tit. 29 lib. 7 N. R. y 43 Parlad. §. 3 cit. nn. 18, 22 y 23. (*e*) Ley 3 tit. 27 P. 3 verb. Ni en Soldada, y cap. 3 de Solutionib.

faltándoles con qué mantenerse, ni tengan que mendigar en desdoro y oprobrio del estado, oficio y empleo; y asimismo por la reverencia debida á la iglesia, al Rey y á la república, mayormente quando de lo contrario serían de peor condicion que los menestrales. Así pues, se les ha de dexar cóngrua sustentacion á arbitrio del Juez segun su clase, estipendio y familia precisa, por lo que en esta corte se acostumbra embargarles la tercera parte del sueldo, excepto que sea tan crecido que con la mitad se pueda mantener el deudor, ó que éste la ceda al acreedor. De las dos partes que se les dexe para alimentarse, han de pagar alquiler de casa, criados y demas cosas semejantes, porque todas son partes de alimentos, y la tercera es para acreedores de otra clase, sino es que sufrague para todos, lo qual he visto executoriado por el Consejo en pleyto sobre alquiler de casa contra un inquilino.

101 En los instrumentos con que los menestrales ó artesanos exercen sus oficios, no debe trabarse execucion, porque son precisos para adquirir el alimento diario, y se consideran privilegiados como las armas y libros.

102 No debe hacerse execucion en el vestido diario, cama y otras cosas indispensables para el uso cotidiano de qualquiera persona, las quales se expresáron en la I. P. (*a*) porque no se comprehenden en la obligacion general del deudor, y por dictarlo así la humanidad se les deben dexar (*b*), excepto que sean por débitos Reales; bien que si el deudor tiene, v. gr. quatro colchones y otras cosas duplicadas, como que parte de estas no son precisas para su uso diario, se le pueden seqüestrar dos colchones, &c. dexándole las necesarias, aunque el débito toque al Rey, como lo he visto practicar y practicado, y se ha aprobado en juicio.

103 En los bienes de mayorazgo ó sujetos á restitucion no se debe trabar execucion, pero sí en sus rentas como pertenecientes al deudor, dexándole lo necesario para su decente manutencion caso que esté anexa al mayorazgo alguna dignidad, ó la tenga su poseedor, como mas latamente se expone en el cap. sig. excepto que el fundador los haya gravado, pues entónces se pueden embargar y vender, porque no es justo instituya mayorazgo en perjuicio de los acreedores, no habiendo dexado aquel bienes libres, en los quales se debe hacer excusion, y esto es lo que se observa. Lo mismo se practica, quando el

(*a*) Cap. 28 n. 11. (*b*) Ley 5 tit. 13 P. 5.

poseedor los gravó con facultad Real, porque aunque sin embargo de ellas quedan libres y separados del mayorazgo hasta en la cantidad del gravámen, ésto se entiende siempre que no haya bienes libres, ó no alcancen éstas á su solucion. Sino hubo facultad Real, tendrá el acreedor derecho solamente á cobrar los réditos durante la vida del instituidor, y si éste carece de otros bienes con que reintegrarle su capital, le perderá. Pero es de advertir que concedida facultad para obligar genéricamente los bienes de mayorazgo por cierta cantidad, si ésto no se paga, se pueden vender, aunque no se especifiquen, sin nueva facultad: así como concedida licencia al tutor por el Juez con conocimiento de causa para obligar los del menor, puede el acreedor en virtud de ella, y sin ninguna otra solemnidad venderlos tambien; por manera que los acreedores á quienes con licencia Real están obligados los del mayorazgo, no solo pueden pedir execucion contra los frutos ó rentas de éste, sino igualmente que se vendan para el pago hasta la cantidad competente, porque quedan libres.

104 En el derecho que alguno tiene á que otro le alimente, no debe hacerse execucion, porque es personal, y de consiguiente no renunciable ni transmisible, aunque sí puede el alimentario ceder y traspasar por su vida y no mas la comodidad ó frutos que le corresponden, como tambien el hijo los alimentos que tiene devengados.

105 Tampoco debe hacerse execucion en el pan ó trigo del pósito por las deudas del pueblo (*a*), ni en cuerpo muerto, el qual no debe ser detenido por deuda, ni el acreedor ha de impedir que se le sepulte (*b*): ni por lo que está debiendo el deudor, en los bienes que se le legan, ó renuncian á su favor con la precisa condicion de que los distribuya entre sus hijos, porque no son suyos sino de éstos que los adquiriéron del testador ó renunciante.

106 Por las deudas del concejo no deben ser executados los bienes de sus vecinos, ni las casas de cabildo, pósitos ó alhóndigas, teatros, ni lugares públicos, y solo se debe proceder contra los propios y demas bienes que tenga: y careciendo de ellos deben contribuir los vecinos del pueblo por repartimiento segun el caudal de cada uno (*c*).

107 Las naves extrangeras que traen á estos reynos mercaderías ó bastimentos, tampoco deben ser executadas por las deudas de sus due-

(*a*) Ley 16 tit. 21 lib. 4 R. ó 2 tit. 20 lib. 7 N. R. (*b*) Leyes fin. tit. 19. P. 1 y 12 y 13 tit. 9 P. 7. (*c*) Leyes 16 tit. 21 lib. 4 y 7 tit. 17 lib. 5 R. ó 2 tit. 2 lib. 7 y 9 tit. 31 lib. 11 N. R.

ños, sino que éstos las consignen para su pago (*a*). En órden á los bueyes, mulas y aperos de labrador, y privilegios de los labradores, véase la Prim. Part. (*b*) en donde explico latamente, si pueden ó no ser executados, por quién, en qué bienes, y en qué tiempo.

108 Están discordes los AA. por falta de decision legal sobre si habiendo intentado el acreedor la via ordinaria podrá dimitirla, y pasar á la executiva. Algunos dicen que sí, con tal que pague al reo las expensas que hizo en la ordinaria, pero Carleval con cuyo dictámen me conformo, pone dos casos. El primero es, quando el acreedor que la eligió, pudiendo usar de su derecho en la executiva, se aparta de aquella y pide por ésta; en cuyo caso resuelve con mas de 30 AA. que cita, que no puede y que le obsta la excepcion de litispendencia, á ménos que el deudor se conforme, lo uno, porque por la eleccion de la ordinaria estando en su mano intentar la executiva es visto haber renunciado ésta: lo otro, porque carece de la facultad para eludir el juicio que empezó y está trabado con el deudor, sin que éste lo consienta, pues una vez contestado pasó á casi contrato; y lo otro, porque lo que se principia solemnemente, se debe terminar con la misma solemnidad por la sentencia.

109 El segundo caso es, quando el reo temiendo ser reconvenido por el actor previene á éste en via ordinaria con demanda que llaman de *jactancia*, alegando competirle excepcion contra el instrumento ó sentencia que trae aparejada execucion y pretendiendo que el Juez lo declare así. En este caso es de parecer Carleval que la via ordinaria no impide la executiva, y que por lo tanto se ha de seguir ésta, sin que obste la excepcion de la litispendencia, porque ningun derecho autoriza ni da facultad al deudor para defraudar al acreedor, y quitarle el remedio executivo que por virtud del instrumento ó sentencia le concede la ley, especialmente habiendo intervenido en el otorgamiento de aquel su voluntad y consentimiento. Amplía esto Carleval, aun quando la via ordinaria se haya principiado ante un Juez eclesiástico exponiendo ser lícito y usurario el contrato, ó ante un secular, y la executiva ante otro; y lo limita en caso que la excepcion resulte manifiestamente del mismo instrumento, ó esté contenida en él, pues entónces habra lugar á su admision y obstará pedir la execucion; porque así como la accion que compete en su virtud es guarentigia, lo es tambien la excepcion que incluye, y como tiene igual fuerza,

(*a*) Ley 12 tit. 17 lib. 5 R. ó 4 tit. 31 lib. 11 N. R. (*b*) Cap. 28 nn. 45 y 46.

se debe proseguir y concluir el juicio del reo como preventivo ántes que el pretendido por el actor.

110 Y si el acreedor intenta primero la via executiva y luego pasa á la ordinaria, de cuyo caso no trata Carleval, podrá dexar la segunda y volver á la primera pagando al deudor las costas causadas en la ordinaria; porque aunque estas dos vias son diversas, no contrarias, la execucion está introducida en su favor, por el uso de la ordinaria no es visto haberla renunciado, excepto que lo exprese, y al reo no se causa perjuicio, mediante que le paga las costas.

111 Lo mismo procede, quando en el instrumento concedió facultad el deudor al acreedor para mudar los juicios, y quando éste intentó la ordinaria con la protesta de volver á la executiva siempre que quisiese. Además si el acreedor hubiese executado al deudor ante un Juez, no le impide la litispendencia volver á executar ante otro y dexar la execucion empezada sobre la misma cantidad; pues la via executiva no puede causar instancia, porque se procede sumariamente en ella, y así en ningun caso obsta dicha excepcion (*).

112 Teniendo accion el acredor contra varios coreos, fiadores, ó mancomunados, no puede, pendiente el pleyto y contestado con uno de ellos dexarle é intentarle contra alguno de los otros, y así primero debe hacer excusion en los bienes de aquel que dirigir su accion contra los demas.

§. III.

Cómo se ha de pedir, despachar y trabar la execucion, con qué órden y en qué dias podrá hacerse: qué personas pueden ó no ser presas por deuda, y deben afianzar de saneamiento: por quánto tiempo se han de dar los pregones á los bienes executados; y quándo y cómo se ha de citar de remate al reo executado.

113 Para que se pueda proceder executivamente deben concurrir, y ha de tener presente el Juez seis circunstancias. La primera es, que el executante sea parte legítima para pedir la execucion y no tenga pro-

(*) Parladorio es de contrario sentir fundado en que lo dispuesto acerca de litispendencia en los juicios ordinarios debe tener lugar en los executivos, por haber la misma razon para ello; y Salgado le impugna, porque se aparta de la opinion comun de los intérpretes sin apoyar la suya en ningun fundamento ni autoridad. Pero sin embargo como Salgado y los intérpretes no se fundan en el derecho patrio sino en el romano y en otros intérpretes, creo que deberá seguir-

hibicion de comparecer en juicio, lo qual ha de hacer constar como requisito esencial al mismo tiempo que la pide, pídala por sí propio ó en nombre de otro; y que si es cesionario por escritura, la presente, y si por endoso de algun vale, letra ó libranza, reconozca su firma el endosante, ó cedente, pues si no la reconoce primero, ó no la confiesa el deudor, se anulará la execucion, oponiendo éste la excepcion de ilegitimidad de persona, por no acreditar sea cierta la cesion y hecha por quien podia hacerla, como lo he visto declarado. La segunda circunstancia es, que si se obligó á hacer ántes por sí alguna cosa, la haga; pues conteniéndola el instrumento no ha de despacharse la execucion hasta que la cumpla por deber proceder siempre el cumplimiento de parte del actor. La tercera es, que si se pide en virtud de confesion sea clara y de cantidad líquida, porque si hay duda, por leve que sea, no se debe despachar; y que si la pide en fuerza de instrumento público, la traiga aparejada, y no sea falso ni esté roto, cancelado, ni sospechoso en parte substancial, ni prescripto el tiempo prefinido por la ley 63 de Toro para pedir executivamente, ni contenga vicio ó defecto esencial; v. gr. ser traslado sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, y no la copia original, ó no estar ésta subscripta, como debe estarlo, por el que le hizo, sino dada por concuerda con el protocolo, &c. en cuyos casos hasta que se purifique y subsane el vicio ó defecto, no se debe despachar, y si se depacha, es nula. La quarta es, que si el instrumento incluye plazo ó condicion, estén cumplidos; pues si ántes de cumplirse la pide el acreedor, á mas de que no ha de ser oido, debe el Juez condenarle en costas y prorogar á alargar al deudor otro tanto tiempo mas que el que faltaba, porque lo mismo es no poder ser reconvenido todavía que no ser deudor (*a*); para lo qual debe reconocer las escrituras, por si son ó no executivas, y no fiarse de Escribanos ignorantes; pues si por haber despachado indebidamente la execucion, qualquiera que sea el motivo, se diese por nula, ha de satisfacer y restituir en pena los derechos que llevare con quatro tanto y las costas á las partes (*b*), no pudiendo

se la sentencia de Parladorio, ya porque parece cosa injusta permitir al acreedor que moleste y veje á su deudor en muchos tribunales, y ya porque las leyes del reyno procuran por muchos medios evitar, cortar y abreviar los pleytos. A vista de estas razones se reputará de poco ó ningun momento la de que la via executiva no puede causar instancia, por procederse en ella sumariamente.

(*a*) Leyes 25 tit. 2 P. 3 y 2 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 28 lib. 11 N. R.

(*b*) Leyes 12 tit. 4, 24 y 25 tit. 22 P. 3, 4 tit. 15 P. 7, y 34 y 35 tit. 4 lib. 3 R. ó 8 tit. 28 y 11 tit. 30 lib. 11 N. R.

condenar en éstas al executante, como algunos lo hacen, imputándole la culpa que ellos tienen en no exâminar como deben las escrituras, ó por no saber su oficio; en cuya atencion lo que debe hacer es: *declarar no haber lugar á despachar la execucion, y mandar al actor que pida conforme á derecho*; ó comunicar traslado liso y llano al reo ó deudor, ó mandarle pagar dentro de tercero dia con el aditamento *de que si tuviere razon para no pagar, la deduzca dentro del propio término*, sin imponerle apercibimiento alguno, con lo qual se seguirá el pleyto ordinariamente, como en dichos casos se debe hacer. La quinta es, que el Juez ántes de entregar el mandamiento al acreedor le reciba juramento de quánto es lo que verdaderamente se le está debiendo, y de que no pide con malicia la execucion, segun lo manda la ley (*a*); ó que él lo jure en el pedimento, que es lo que regularmente se practíca, y surte el propio efecto; sino es que sea heredero del acredor el que pide, pues no está obligado á ello por la razon expuesta en el núm. 63; bien que por omitir el juramento no se vicia la execucion, porque la ley no le pone por forma sino por solemnidad, como dicen algunos AA., aunque otros sienten lo contrario Y la sexta circuntancia es, que para no incurrir en la pena de otro tanto como importe la demasía que la ley 9 tit. 21 lib. 4 R. impone al acreedor, por pedir mas que lo que legitimamente se le debe, ponga en el pedimento esta cláusula: *y protesto admitir en cuentas legítimas y justas pagas*; pues muchos acreedores habiendo percibido algo á cuenta de sus créditos piden el todo con malicia ó por no haber sentado lo recibido y no acordarse (*) (*b*).

114 Muchos Jueces inferiores indulgentes, porque el deudor tenga mas tiempo para buscar dinero y pagar, y no se le cause extorsion, suelen, aun concurriendo las circunstancias expresadas, mandar: „Que se le notifique pague dentro de tercero dia con apercibimiento de excusion;„ y otros le dan *traslado sin perjuicio*, con término breve y perentorio que le prefinen para responder á él, con lo qual no se priva al acreedor de su derecho de executar: pero lo cierto es que siguiendo, como tienen obligacion de hacerlo, el rigor de la ley, deben despa-

(*a*) La 9 tit. 21 lib. 4 R. ó 6 tit. 28 lib. 11 N. R.

(*) Si el acreedor sabe con certeza qué cantidad cobró, no queda libre de la calumnia con protestar recibir en cuenta legítimos pagos, aunque no podrá imputárselo, sino sabe á punto fixo quánto fué lo cobrado.

(*b*) Sobre cómo han de proceder los jueces en virtud de sumision á su jurisdiccion de las personas que se hallan ó no dentro de ella, véase la ley 20 tit. 21 lib. 4 R. ó 7 tit. 29 lib. 11 N. R. citada en la I. P. cap. 28 n. 30.

char mandamiento executivo por escrito contra sus bienes, especialmente contra los que estén así obligados, y tambien contra su persona, á ménos que goze de exêncion, ó se intente la hipotecaria contra tercero poseedor por la cantidad pretendida, su décima y costas sin pedir fianza al acreedor ni citar al deudor; excepto que sea heredero del que contraxo la deuda cedida por el acreedor, pues entónces debe ser citado, porque éste no podia principiar la execucion contra él sin hacer constar ántes ser tal heredero, y si hizo inventario con la pureza legal, y no ocultó bienes de la herencia, cumple con entregarlos sin estar obligado á mas, por lo que no se puede proceder contra su persona (*a*). El mandamiento de execucion se ha de entregar al mismo acreedor y no al alguacil pena de nulidad de ella, como lo manda la ley (*b*), y lo mismo deben practicar los Alcades de Corte (*c*); pero la práctica es entregarle al Escribano y alguacil de consentimiento verbal suyo, y no se anula la execucion, porque con su consentimiento cesa la razon de la prohibicion legal.

115 Tres requisitos deben concurrir para que no se anule la execucion por defecto ó vicio en las diligencias. El primero es, que no se haga en dias festivos, por estar prohibido, á ménos que el deudor sea sospechoso de fuga, que entónces lo dispensa la necesidad; ni tampoco en los feriados, excepto que en el contrato haya renunciado el deudor el beneficio que le concede en éstos el derecho, como antiguamente se hacia en las escrituras; si bien muchos afirman que en los juicios sumarios no se entienden exceptuados los dias feriados, y por consiguiente se puede hacer en ellos la execucion; mas esto solo se practica precediendo habilitacion de unos y otros dias con causa, ni el Escribano debe hacerlo sin este requisito. El segundo es, que pudiendo ser habido el deudor se le requiera con el mandamiento executivo, para que pague la cantidad porque se despachó, y no pagándola señale bienes en que trabar la execucion, y se trabe en ciertos, determinados y suficientes á cubrir la deuda, su décima y costas, y no general é indistintamente en todos los del deudor sin especificar los que son. Y el tercer requisito es, que la traba se haga precisamente en bienes muebles, en los quales se comprehenden los semovientes segun derecho (*d*), aunque la ley recopilada no hace men-

(*a*) Ley 19 tit. 21 lib. 4 R. ó 12 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) La 17 tit. 21 lib. 4 R. ó 10 tit. 28 lib. 11 N. R (*c*) Auto 7 tit. 6 lib. 2 R. ó nota 1 tit. 28 lib. 11 N. R. (*d*) Ley 10 tit. 33 P. 7.

cion de éstos, no habiéndolos, en los raices, y á falta de todos, en las deudas y derechos del deudor, no habiéndose pactado lo contrario en el contrato: cuyo órden se requiere por forma segun estas palabras de la ley 9 tit. 21 lib. 4. R. „ Porque por no estar declarado por leyes de estos reynos la forma que se ha de tener en las execuciones... „ Sigue especificando el órden referido, y mas abaxo dice: „ Y por esta forma se haga la execucion, &c. „ de modo, que si se invierte dicho órden, como es substancial, se vicia el acto y puede apelar el executado, aunque no apelando queda firme y no se anula. Tampoco se anula, quando se traba indistintamente en dinero perteneciente al deudor, y depositado ó existente en poder de otro, ó en réditos ó pensiones anuales. Pero si el fisco executa por sus rentas, no se observa el órden expuesto, como se dirá en el cap. 3 de este libro.

116 Este órden legal de hacer la traba que algunos dicen no es substancial sino respectivo á la solemnidad del juicio, y que por lo mismo, aunque se invierta, no se vicia el acto, porque se debe atender á la verdad del hecho, tiene lugar, quando la obligacion es meramente personal, ó general hipotecaria; pues si fuere solo hipotecaria especial, sin embargo de que el acreedor pida la execucion contra todos y qualesquiera bienes de su deudor, y se despache así, se debe trabar en los afectos especialmente á su responsabilidad: ya porque se presume son suficientes para la solucion de la deuda: ya porque por el hecho de haberse contentado con ellos el acreedor para su seguridad, es visto haber querido que se trabase en ellos; y ya porque de lo contrario se pueda causar perjuicio, que por equidad se debe evitar, á otro de inferior grado, á quien no estén afectas, ó al tercero que las posea; y además se debe observar el órden de la obligacion. Si despues se vé que no son suficientes, se puede ampliar la execucion y embargo á otros bienes á instancia del acreedor, segun se practíca en esta corte; pero si la escritura contiene tambien la obligacion general, y la execucion se despacha contra el que la otorgó, se deberá trabar en sus bienes muebles y demas con arreglo á la ley, é igualmente en los afectos especialmente á la responsabilidad del débito. Lo mismo procede, quando se despacha en virtud de sentencia, pues se debe trabar en las cosas expresadas en ella y no en otras sin exceder ni pasar de una á otra (a), como queda sentado, porque versa identidad de razon; bien que en uno y otro caso si la exe-

(a) Leyes 47 tit. 18 y 3 al fin tit. 27 P. 3.

cucion se despacha contra todos, y en particular contra los hipotecados especialmente, aunque se trabe en todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley Real ni habla de estos casos, ni por consiguiente prohibe que se practique lo dicho.

117 Puede hacerse la traba de execucion en muchas cosas del deudor nombrándolas individualmente en la diligencia, lo qual es lo seguro: ó en una sola en nombre de las demas que conste pertenecerle al tiempo del remate, segun se practica en esta corte y otras partes, porque no hay prohibicion legítima; si bien esto es peligroso por lo que se dirá en el número 121; y aunque lo regular es que el deudor, si está presente, nombre y señale los bienes en que se ha de hacer, y si no quiere señalarlos, que se le compela á ello y prenda, pudiendo ser preso por deuda civil; no obstante, si no se dexa ver, tiene facultad el alguacil ó executor de trabarla en qualesquiera que halle en su casa, porque se presumen suyos, miéntras su dueño no haga constar al Juez que no lo son, en cuya atencion y en la de que la ley no habla de este caso, ni de consiguiente hay prohibicion, no se debe anular la execucion por no haberlos manifestado el deudor. En este último caso y en el de que el acreedor los nombre, como puede hacerlo, y no en otros se debe hacer la traba *por cuenta y riesgo de éste*, expresándolo así en la diligencia, para que si tocan á otro, lo qual ignoran los Ministros, no se les impute á culpa su ignorancia, segun lo observan los cautos; y de este modo no deberán ser condenados en las costas causadas, por declararse nula la execucion por este vicio; pero si el deudor le señala, se omitirá dicha expresion, para que no sea gravado el deudor.

118 El alguacil puede entrar en casa del deudor, y hacer la traba y embargo, quando se oculta ó no parece, una vez que le abran la puerta espontaneamente, mas no allanarla con violencia sin expresa órden del Juez, pues así se practíca en esta corte, porque la ley no lo prohibe. Y aunque el executado le manifieste recibo simple de haber pagado al executante el todo ó parte de la deuda, no debe admitírselo ni dexar de hacer el embargo y demas diligencias, porque carece de facultad para ello.

119 Formando concurso de acreedores el executado, si como suyos incluye en el memorial, y se embargan algunos bienes pertenecientes á otro, y que tiene en su poder por via de depósito ú otra causa semejante; ó se trabó en ellos la execucion, debe acreditarlo el dueño ante el mismo Juez del concurso, y como uno de los acreedo-

res seguir con los demas su derecho sobre la prelacion por razon de dominio en los que se le seqüestráron por creerse propios del concursante, ó éste dimitió en manos del Juez y puso en su memorial.

120 Despachándose la execucion contra el fiador puede nombrar ó señalar bienes que tenga en su casa ó fuera de ella el deudor principal, en que se trabe, y resultando ser agenos debe el Juez oir breve y sumariamente á su dueño, entregárselos precedida justificacion de su pertenencia, y hacer nuevamente la execucion en otros del deudor (*a*); pero el alguacil no debe dexar de embargarlos y depositarlos, aunque el mismo deudor y el que se llama dueño digan ser de éste, porque como mero executor carece de facultad para declarar á quién tocan y entregarlos; por lo que se han de inventariar con separacion y especificacion, poniendo en la diligencia lo que ocurra, y haya dicho su dueño ó el executado.

121 La traba de execucion es propiamente embargo que se hace de los bienes del deudor para asegurar la deuda, mediante no haberla satisfecho al tiempo que se le requirió con el mandamiento executivo, como pudiendo ser habido debe hacerse. Si se hace en una cosa en nombre de las demas, lo qual no apruebo, porque se dá lugar á que el deudor oculte bienes, miéntras se substancia el juicio, y á que la sentencia de remate no se pueda dar ó sea ilusoria, por no haber que rematar, pues que no hay entónces todavía bienes seqüestrados, ni de consiguiente sobre que recaer el remate que por ella se manda hacer, en cuya atencion se debe abolir este abuso ó corruptela introducida en algunos pueblos por la ignorancia: si se hace, digo, en una cosa en nombre de las demas, ó en algunas, se puede mejorar ó ampliar en qualquier estado de la causa á instancia del acreedor, como se ha expuesto, sea porque no le parezcan suficientes, ó porque presuma que las embargadas toquen á tercero; á cuyo fin en la diligencia de traba se debe poner por via de precaucion la protesta de „ mejorar la execucion ó ampliarla en qualquier estado del pleyto, siempre que convenga y lo pida el acreedor;„ pues así lo practican los inteligentes.

122 Dirigiéndose la execucion contra tercero poseedor que no es heredero, ni trae causa del que contraxo la obligacion hipotecaria, como el del mayorazgo afecto á un censo que otro de diversa línea impuso; se ha de trabar en la finca gravada, y no en los bienes li-

(*a*) Ley 3 tit. 27 P. 3.

bres propios del tercero, ni en los del otro mayorazgo que posea y no estén obligados, ni en sus rentas; y no haciéndose de esta forma es nula la execucion por el vicio con que se trabó, de suerte que opuesto éste se volverá al estado primitivo que tenia ántes de trabarse. Pero si se trabare en ellos y en la misma hipoteca, no se anulará, porque lo útil no se vicia por lo inútil, y así quedará secqüestrada ésta, y los demas bienes se desembargarán al punto que se pida: lo qual obtuve y se executorió en este pleyto.

123 Pero ya se haga la traba en la forma prescripta en el n. 121, ó en los bienes que se encuentren pertenecer al deudor, se deben inventariar todos con especificacion, claridad é individualidad, depositar á presencia de tres testigos en persona lega, llana y abonada del pueblo, y no llevarlos á su poder el alguacil ni dexarlos en el del deudor, porque lo prohibe la ley (*a*); y el alguacil puede apremiar á la que tenga dichas qualidades á que los reciba en depósito entregándoselos sin perjuicio de su derecho, si por custodiarlos se le causa alguno, porque el ser depositario judicial es carga que comprehende á todos, y deben sufrir por el beneficio público, pues de lo contrario se quedarían los acreedores sin poder cobrar sus réditos, y los deudores consumirían los bienes embargados. Si son raices, ó juros, censos ú otros efectos redituables, no hay que hacer depósito formal, excepto que sea de los frutos que tengan pendientes y redituen, y lo que se debe practicar es: „ Requerir á los arrendadores y demas que deben contribuir con sus rentas al deudor, las retenga á ley de depósito y á disposicion del Juez que conoce de la causa, ú otro competente, y no las entreguen á persona alguna sin su mandato, baxo la pena de volverlas á pagar de su caudal no lo cumpliendo.„ Los requeridos han de firmar, si saben, este requerimiento, y acreditar con recibos lo que pagan y están debiendo, y el Escribano ha de expresarlo en él, de modo que se traba la execucion en la finca, y se mejora en sus alquileres, réditos y pensiones; y así á éstos como al depositario de los muebles debe dar testimonio expresivo é individual del embargo, si se le piden, para su resguardo sin necesidad de auto judicial.

124 Tambien puede el alguacil entregarlos al acreedor no en concepto de tal sino en calidad de depósito, otorgándole á disposicion del Juez que conoce de la causa, sino halla depositario de las

(*a*) La 7 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 30 lib. 11 N. R.

qualidades referidas, pues no hay prohibicion legal: ó si no, hará que aquel por su cuenta y riesgo busque quien lo sea, lo qual ha de expresar el Escribano en la diligencia, haciendo que la firme para que se sepa que le eligió, y portándose en esto de suerte que ni él ni el alguacil queden descubiertos, pues en estas diligencias y otras semejantes ámbos están expuestos.

125 Manifestando la muger del deudor su carta de dote, si es legítima, por concurrir en ella las circunstancias expresadas en la I. P. cap. 13 n. 45, é iguala ó excede al débito, y debe ser preferida á éste por los motivos allí expuestos y que expondré en el cap. 3 de este libro, se la ha de nombrar depositaria de los bienes executados con obligacion de responder de ellos y tenerlos á disposicion del Juez de la causa, no haciéndole la extorsion de sacarlos de su poder, respecto de que en contradictorio juicio ha de ser pagada de ellos ántes que el executante: lo qual se entiende, esté ó no amparada, como se practica en esta corte, porque el amparo ningun vigor ni prelacion le dá, y solo sirve para que los executores no toquen á los conocidos de la muger que consten en el instrumento dotal y exîstan. Pero no siendo legítima la dote, ó aunque lo sea, si la muger está obligada con su marido en el contrato executivo, ó éste debe ser preferido al dotal; no se le ha de constituir depositaria de ellos; ni tampoco quando manifiesta instrumento; v. gr. una hijuela ó adjudicacion en que constan los bienes parafernales que adquirió despues de casada, porque éstos no son tan privilegiados como los dotales, y tal vez el acreedor se preferirá á ella por su crédito.

126 Hecha la traba se ha de notificar al deudor en persona, pudiendo ser habido, el estado de la execucion, esté ó no preso, y haya dado ó no la fianza de saneamiento, sin que el acreedor necesite dar pedimento; pues es visto contener virtualmente el precepto de hacérsela sin nueva providencia, el mandamiento executivo en aquellas palabras: *hacedla conforme á derecho*; y ademas de no prohibirlo la ley, es diligencia subsidiaria y consiguiente á la traba, y útil al acreedor, porque le excuse los gastos en nuevo pedimento y mayor dilacion; si bien lo mejor es que se ordene en el mismo mandamiento para evitar dudas, al modo que se hace en las requisitorias de execucion que son para lo mismo. Si no parece, se debe hacer saber á su muger, hijos, criados, ó vecinos mas cercanos (*a*), para lo qual precedidas tres di-

(*a*) Leyes 21 cerca del fin y 30 t. 21 lib. 4 R. ó 14 y 17 t. 30 lib. 11 N. R.

ligencias en su busca como en el juicio ordinario para la citacion, ha de acudir el executante al Juez, haciéndoselo presente y pretendiendo se le dexe memoria por escrito con expresion de los efectos de la notificacion, á lo que debe deferir; y el Escribano se la ha de dexar expresando en lo que extienda en los autos, el nombre y apellido que dixo tener la persona á quien la entregó, quién era, y á qué hora, (que pondrá tambien en la memoria) se la dió, para que desde ésta le pare el perjuicio á que haya lugar.

127 No pagando el deudor la cantidad porque se le executó, dentro de las 72 horas siguientes á la en que se le notificó el estado de la execucion, que son tres dias naturales; incurre en la pena de satisfacer la décima parte mas (*a*), en donde hay costumbre de exígirla, y no de otra suerte; y si mostrare contenta del executante dentro de 24 horas, ó depositare llanamente dentro de ellas la deuda en persona lega, llana y abonada ante un Alcalde, y por su ausencia ante un Regidor y no ante otra persona, haciéndose saber á su costa el depósito al executante dentro de tercero dia: queda libre de pagar décima y otro derecho de execucion, no habiendo obligacion de hacer la paga en algun lugar particular, mas no, si la hay (*b*). Pero por esta contenta ó recibo de haber pagado que manifieste á los ministros executores, no han de suspender la traba ni demas diligencias, pues no les toca conocer, si es ó no legítimo, por lo que ha de producirle á su tiempo en juicio, y si constase ser legítimo, y que el acreedor pidió indebida y maliciosamente, le condenará el Juez en las costas y décima. La paga del débito ha de ser real, efectiva, lisa y llana para no incurrir en la pena de la décima: pues aunque consigne y deposite dentro del término referido su importe, si contradice su entrega y pide los autos, alegando tiene que excepcionar y probar, no se exîme de su satisfaccion, á ménos que pruebe excepcion que impida la execucion, porque la consignacion con esta qualidad no es la paga que solicita, sino solamente seguridad de ella, y así se le tendrá por opuesto por el mismo hecho, y encargarán á ámbos litigantes los diez dias de la ley, sino que haya necesidad de citarle de remate, como se executorió á mi instancia en un pleyto que seguí; puesto que con la consignacion qualificada se quedan el deudor y el débito en el mismo estado que tenian ántes de hacerla, y los autos en su

(*a*) Ley 30 tit. y lib. cit. (*b*) Leyes 22 y 23 tit. 21 lib. 4 R. ó 15 y 16 tit. 30 lib. 11 N. R.

fuerza y vigor para su prosecucion, hasta que por la sentencia se terminen; lo que es al contrario haciéndose llanamente, en cuyo caso se comunica al acreedor, y éste en su vista pide se le entregue el dinero consignado baxo de resguardo, y se acaban la via executiva y el motivo de continuarla con el reintegro de su deuda. Lo mismo procede, quando al tiempo de requerirle con el mandamiento de execucion los ministros, les paga la cantidad porque se despachó, y contradice su entrega al acreedor, pues no se han de suspender las diligencias sino proseguirse del mismo modo que si no la entregara.

128 Para que el executado mayor de 25 años no alegue ignorancia, tiene obligacion el Escribano de hacerle saber la referida pena al tiempo que le notifica el estado, apercibiéndole con ella y con las costas, si no paga la deuda en el mencionado. Asimismo la tiene de expresar en la notificacion la hora en que se la hace, y no practicándolo así, debe pagar al acreedor el daño que se le cause, y es nula la execucion; (*a*) pero si en el pueblo no se estila exígir décima, no ha de mencionarla en la notificacion.

129 Al mismo tiempo ha de preguntar el Escribano al executado: „si da ó no los pregones de la ley por dados, y quiere gozar de su término, ó que se den, ó si los renuncia tambien con su término;„ y ha de poner la respuesta que dé. Si responde que renuncia los pregones y su término, debe hacer que firme la diligencia, y si no quiere, ó no sabe escribir, decirle que haga la renuncia del término por pedimento ante el Juez, con lo qual queda á cubierto el Escribano, y no puede alegar el executado que es supuesta la renuncia del término; pero en quanto á la de los pregones, protestando gozar de éste, bien puede admitírsela el Escribano, aunque no firme, porque de ello no se le sigue perjuicio sino beneficio en evitar los gastos de darlos, si paga dentro de él. El menor y los que gozan del privilegio de menor edad, no pueden renunciarlos, por estarles prohibido renunciar los beneficios que les concede el derecho, (*b*) y así executándose á alguno de ellos no se deben omitir los pregones para evitar la nulidad que puedan alegar por su defecto.

130 Los bienes executados se deben vender en pública subhasta ó almoneda por pregones segun la ley. Estos han de darse luego que se hace la traba y notifica el estado de la execucion, no habiéndolos renunciado el deudor, y deben ser tres en esta forma: si son raices,

( ) Ley 21 tit. 21 lib. 4 R. ó 14 tit. 30 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 5 tit. 19 P. 6.

en cada 9 dias uno, y si son muebles, en cada 3 uno, (*a*) no contándose en estos dias los de los pregones, por haberlo introducido así la práctica, de suerte que aquellos se dan en 30 dias ó en 12, segun sean los bienes. En los pregones y en los cárteles ó edictos que se fixen, se han de expecificar los bienes que se venden, y las posturas que se hacen á ellos. Si la execucion se despacha contra derechos ó acciones, se han de dar de tres en tres dias, ó de nueve en nueve conforme sean los bienes á que se tengan, porque las acciones siguen la naturaleza de aquellos á que competen, y se juzgan por las propias reglas. Todos los dias en que se den, han de ser útiles y no feriados, pues dándose en éstos son nulos, por estar prohibido en ellos todo juicio civil sin causa urgente, como se expuso en el cap. 1 de este lib. n. 7. Lo mismo digo de aquellos en que se fixen edictos ó cédulas para la venta, ó para emplazar ó llamar judicialmente en causa civil á parientes, acreedores ú otros, y de ello se debe poner fé expresiva é individual en los autos. Pero si la deuda es fiscal ó de casos de hermandad, se han de pregonar los bienes raices por solos nueve dias tambien útiles, en cada tres un pregon, y los muebles por tres, en cada uno el suyo. (*b*) Y aunque de lo expuesto se deduce que los bienes se deben valuar primero que se pregonen, é inmediatamente que se notifica el estado de la execucion, pues ignorándose su valor nadie querrá hacer postura, no se observa en esta corte, porque durante el término de los pregones y el de los diez dias podrá tal vez el deudor facilitar el pago de la deuda ó acreditar no serlo, y no es justo gravarle con expensas de tasacion y pregones inútiles: en cuya atencion hasta que la causa se sentencia de remate, ni se tasan ni pregonan, sin embargo de lo que dispone la ley, y esta práctica como mas equitativa es la que se observará en la extension de las diligencias de este juicio. Los pregones se deben dar á las puertas del oficio del Escribano originario, ó de la audiencia, ó en los parages públicos, donde se acostumbre hacer en el pueblo, para que llegue á noticia de sus vecinos, pues la ley ninguno señala; y sin embargo de que el pregonero es persona pública, y de que por esta razon parece bastaria su certificacion jurada y expresiva de quantos dió, y en qué dias y parages; mejor es que los presencie el Escribano para que pueda dar fé de ello, los extienda en los autos con separacion de cada uno, y no se dude

(*a*) Ley 19 tit. y lib. cit. ó 12 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 43 cerca del fin tit. 13 lib. 8, y 17 y 18 tit. 7 lib. 9 R. Véase el cap. 3 n. 106.

de que se dieron, segun se practica en esta corte, porque ninguna autoridad reside en el pregonero como en el Escribano, y por consiguiente no hace la fé que éste.

131 Hallándose el executado con sus bienes en otra jurisdiccion ó en pueblo diverso de el del juicio, aunque sea de la misma, se han de dar quatro pregones, el primero en el lugar en que habita, y los demas en el del juicio. (a) Si se dan en menor tiempo que el referido aun con consentimiento del executado, es preciso que se vuelvan á dar de nuevo, y es nula la execucion; mas no, dándose en mayor parte.

132 Quando se trabó la execucion en bienes muebles y raices, se deben dar los pregones en los treinta dias prefinidos para éstos, sin ser necesario darlos tambien en los nueve de aquellos, porque en el término mayor se comprehende el menor. Si se mejoró ó hizo de nuevo en otros que no se pregonáron, es indispensable hacer con ellos lo que con los primeros, segun sean; y si se trabó en muebles, y amplió ó mejoró en raices, se han de dar en los 30 dias, porque esta mejora es continuacion de la traba ó embargo, y es lo mismo que si se principiára por ellos, de suerte que en ninguno de los casos en que hay bienes raices, basta pregonarlos solamente en los nueve dias: todo lo qual se entiende, aunque se haya trabado en una cosa en nombre de las demas que se embargaren y parecieren pertenecer al deudor al tiempo del remate, porque como los pregones se dan para que llegue á noticia de todos la venta, y para llamar á los compradores, si no consta individualmente quáles son y sus tasas, mal podrán moverse á comprarles, á ponerles precio, ni á pujarlos.

133 Aunque el executado renuncie los pregones es preciso que se pase su término, si no le renunció tambien, porque la ley 19 tit. 21 lib. 4 R. le pone por forma, segun se prueba de la palabras, *y dados los pregones*: lo qual procede, aun quando se omita la protesta referida en el n. 129, porque ésta se pone por estilo y para desvanecer qualquier escrúpulo que pueda ofrecerse, y todo motivo de cabilacion y dilatoria. Los dias de término se deben contar, como si dieran los pregones, y por consiguiente, han de ser útiles todos los 30, respecto querer gozar de ellos el executado, que es lo que se practica en esta corte.

134 No hay para que darlos; quando la execucion se trabó en dinero que tenia el deudor en su poder ó estaba depositado en un ter-

(a) Ley 26 tit. 4 lib. 3 R. ó 13 tit. 28 lib. 11 N. R.

cero, y así se le ha de citar de remate incontinente que se le notifique el estado de la execucion, sin preguntarle si los da ó no por dados, para que se oponga á ella, excepcione y pruebe en el término legal lo que le convenga, siguiéndose la via executiva en igual forma á excepcion de la subhasta y pregones. Lo mismo debe practicarse, quando la obligacion del executado es de pagar en especie determinada como trigo, aceyte, &c. y la execucion se trabó en ella, pues se ha de hacer el pago en la propia especie, por lo que en la sentencia no se ha de mandar „ que se haga trance y remate de los bienes executados, sino que se prosiga la execucion y se haga pago al acreedor con los bienes executados. „

135 Si no hay pregonero en el pueblo, como sucede en muchísimos, basta fixar en los dias útiles referidos edictos ó cédulas en los parages públicos de el del juicio, y de aquel en donde están sitos los bienes executados, poniendo el Escribano ó Escribanos fé de fixacion en los autos con insercion literal de la cédula y especificacion de los sitios en que se fixaron, y celebrándose públicamente á su tiempo con la solemnidad legal y sin fraude la venta y remate ante el Juez del pueblo del juicio, si allí exîsten, y si no, en virtud de su comision especial y no de otra suerte, ante el del territorio en que estén, segun lo observan los inteligentes.

136 No solo se ha de hacer la traba y notificar al deudor el estado de la execucion, sino que ántes ú despues de notificársele debe requerirle el alguacil que afiance de saneamiento de los bienes executados, aunque sean raices, y que no lo haciendo le pondrá preso. Es verdad que parece cosa muy dura que al que tiene bienes para pagar, se le prive de su libertad natural; pero sin embargo no se debe dispensar de la prision al que no sea privilegiado, porque lo manda la ley para evitar el perjuicio del acreedor, si los bienes no son tal vez del deudor, ó aun quando lo sean, si se hallan gravados con otras deudas anteriores, y por tanto si omite lo dicho el alguacil, se expone á ser condenado ó multado, como lo he visto executoriar en esta corte, reservándole á él Escribano la repeticion contra el deudor. El fiador ha de ser sugeto lego, llano y abonado que no goce de fuero, que pueda reconvenirse con facilidad, y de consiguiente que se halle en el pueblo del juicio, ó al menos dentro de la provincia: que tenga bienes conocidos, que no sea Clérigo, noble, soldado, muger, menor, ni otro privilegiado, (a) ni tampoco labrador sino por otro

(a) Ley 2 tit. 12 P. 5.

labrador; (a) y finalmente que asegure „ que los bienes executados son libres y propios del deudor; que serán suficientes al tiempo del remate para la satisfaccion del principal, décima y costas: que en su defecto se obliga á satisfacerlo todo, ó lo que falte con los suyos, hecha excusion en los del deudor, y que no lo haciendo le apremie á ello por todo rigor de derecho y via executiva el Juez de la causa. „ Esta fianza es substancial en el juicio executivo (b) para que no quede ilusorio, y no dándola el executado ha de ser preso, aun quando presente testigos que aseguren que los bienes son suyos, ó dé la de la haz ó de estar á derecho. (c) De esta fianza se ha de hacer protocolo y poner copia en los autos, en vez de extenderse en ellos, porque la ley manda que de todos los instrumentos se haga. Y el fiador idóneo no ha de estar preso durante la execucion del deudor principal.

137 Hay personas, que si no dan la citada fianza, han de ser presas: hay otros que absolutamente hablando, ni deben darla ni de consiguiente ser encarceladas por deuda puramente civil; y hay otras que además de no deber darla ni ser presas, no se les puede reconvenir por mas de lo que pueden pagar, porque gozan del beneficio que llaman de la competencia. Las que deben darla ó de lo contrario ser presas, son todas las que no gozan del privilegio de nobleza ú de otro que las exîma de ello, sean mozas ó ancianas, porque la ley 19 citada habla indistinta y absolutamente sin exceptuar ninguna edad; pero al deudor no se ha de afligir ni molestar con prisiones, sino solamente deternerle en la cárcel sin ellas hasta que pague ó se le mande soltar; pues además de que seria iniquo semejante rigor, porque la cárcel solo se estableció para custodiar á los presos, mientras se substancian y determinan sus causas, lo prohibe la ley 34 tit. 4 lib. 3 R.

138 Los hijosdalgos y nobles constando estar recibidos por tales en el pueblo del juicio, ó en aquel en que viven, no deben ser presos por deuda puramente civil, ni de consiguiente tienen obligacion de dar fianza de saneamiento; mas podrán serlo, si la deuda pro-

(a) Ley 28 tit. 21 lib. 4 R. ó 7 tit. 11 lib 10 N. R. (b) Se prueba de la ley 19 tit. 21 lib. 4. R. ó 12 tit. 28 lib. 11 N. R. que dice: »Mandamos por él (habla del mandamiento de execucion) que se haga la execucion en bienes muebles y á falta de éllos en bienes raices con fianzas de saneamiento, y que en defecto de las dichas fianzas sea preso el deudor.» (c) De esta fianza, sus efectos, quien debe ó no recibirla, y de cómo se ha de extender, se trató en la I. P. cap. 29 nn. 35 y 59.

cede de delito ó quasi delito: por ocultacion justificada de sus bienes y alzarse con ellos: por hechos y derechos pertenecientes al Rey y no á otro: por rescate suyo y de sus parientes cautivos: (*a*) por haber negado ser nobles al tiempo del contrato; pues por el engaño no les sufraga el privilegio en este caso, y el que niega la qualidad ó privilegio concedido á su persona, le pierde: por deuda procedente de una mala y fraudulenta administracion de tutela, si se prueba, porque es delito: por cometer hurto, ó exercer algun oficio vil, pues mientras le usan, se conceptuan viles: (*b*) ó por cometer delito de infamia, pues por ello, si se acredita, se pierden todos los honores y no pueden obtenerse otros. (*c*) Algunos AA. son de parecer que si el noble fia á alguno en causa criminal, podrá ser preso por la condenacion aplicada al fisco; pero lo contrario es lo mas seguro en mi concepto, porque aunque este débito dimane de delito, no le ha cometido el fiador; y aunque los mismos dicen que la citada ley 19 exîme al noble de la prision por la deuda y no por dar la fianza, debe despreciarse esta interpretacion como voluntaria y contraria á la misma ley: á mas de que sucederia que no debiendo ser preso por lo principal que es la deuda, lo era por lo acesorio que es la fianza, ó seguridad de ella. (*)

139 La nobleza, exêncion ó hidalguia de estos reynos de Castilla es de dos clases; á saber: de privilegio y de sangre: la de privilegio es la que los Señores Reyes como fuente de toda honra civil por la potestad que tienen, (*d*) conceden á algunos en remuneracion de los méritos y servicios hechos á su Real Persona ó á su corona, para que la gocen en los términos contenidos en los títulos ó cartas que se les expiden, como lo dice la ley 7 tit. 2 lib. 6 R. „ Es nuestra merced y voluntad que gocen de ellos, y las dichas hidalguías y exênciones, segun se contiene en nuestras cartas que sobre ello les dimos. „ Estos títulos ó cartas se llaman *privilegios de nobleza*, y se dividen en tres clases. La primera es una exêncion de determinados tributos y cargas personales, y una concesion de las franquezas y libertades que gozan los hijosdalgo con ciertas condiciones y restricciones: (*e*) y los

(*a*) Leyes 4 tit. 19 lib. 5, y 4 y 6 tit. 2 lib. 6 R. ó 4 tit. 32 lib. 11, y 2 10 tit. 2 lib. 6 N. R. (*b*) Leyes 12 y fin. tit. 21 P. 2 (*c*) Ley 7 tit. 6 P. 7.

(*) Aunque el noble renuncie su privilegio, no puede ser preso por deuda, pues aquel se ha concedido á todo el cuerpo de la nobleza.

(*d*) Ley 6 tit. 27 P. 2. (*e*) Leyes 10 tit. 18 P. 3 y 7 tit. 2 lib. 6 R. ó 7 tit. 2 lib. 6 N. R.

que obtienen estas gracias, sus hijos y descendientes no son, ni se deben llamar hidalgos sino propia y adequadamente exêntos. La segunda clase es aquella en que los Señores concedentes dicen *que los concesonarios sean tenidos por hijosdalgo*, y así gozan sus personas de todas las honras concedidas á éstos. Y la tercera es, quando dicen expresamente, *que los hacen hijosdalgo á ellos y á sus descendientes, y que sean tenidos por tales, &c.* con las demas firmezas que se acostumbran poner en semejantes rescriptos, y los que obtuvieren este privilegio, y su posteridad legítima y natural gozarán de las inmunidades, distincion y franquezas que los hijosdalgo llamados *de sangre*, debiéndose sentarlos entre los hijosdalgo del pueblo en que habitan, y copiar en los libros de padrones el privilegio para que nunca se dude de su concesion.

140 Hay otra clase de privilegios de nobleza que rigorosamente no lo son, sino una declaracion de hidalguía en que el Rey dispensando en uso de su potestad soberana las escrupulosas formalidades que la ley de Córdova prescribe para probarla, expresa „ hallarse certificado de que el padre, abuelo y demas ascendientes del pretendiente son hijosdalgo de sangre de solar conocido, y que por tener una exâcta noticia de sus personas y nobleza, los declara por tales, mandando se les guarden las exênciones que les corresponde, &c.„ Esta declaracion no les concede nueva nobleza, y solo aclara la que tenian, para que no esté cubierta, obscura ni confundida como hasta entónces, segun sucede en la de muchísimos por su pobreza y otros acasos: Para conseguir dicha declaracion, lo qual es bastante árduo y dificil, debe el pretendiente presentar á S. M. en derechura por la via reservada de Gracia y Justicia, y no á la Cámara, no solo informacion judicial de testigos que declaren á lo ménos por fama pública y oidas á sus mayores, y éstos á los suyos, que desciende de tal casa y familia por línea varonil legítima, sino tambien las partidas, testamentos y demas documentos que acrediten su descendencia, y los testimonios de los empadronamientos de la nobleza de la familia y sugeto con quien quieren entroncar; sacado y hecho todo con citacion de los procuradores Síndicos, del mismo modo que si litigara en la Chancillería; y si se le admite, ha de hacer el competente servicio, como si solicitara privilegio de nobleza por no tenerla, que segun el arancel actual es de 40ʊ reales por cada interesado, los quales atendiendo á la mas ó ménos justificacion é inmediacion del entronque, puede reducir á 30ʊ ó á 25ʊ la Cámara, á quien S. M. lo remite todo para

que le consulte. Y además de este servicio hay que hacer otros gastos crecidos. (*)

141 La nobleza, exêncion ó hidalguía de sangre es la que se hereda de aquellos á quienes se concedió, y en quienes tuvo principio, como se prueba de la ley 3 tit. 21 P. 2 que dice: „Fidalguía es nobleza que viene á los omes por linage: é por ende deven mucho guardar los que han derecho en ella, que non la dañen, ni la menguen; cá pues que el linage face que la ayan los omes assí como herencia, non deve querer el fidalgo que él aya de ser de tan mala ventura, que lo que en los otros se comenzó, é heredáron, mengüe, ó se acabe en él.„ Así que, la nobleza obtenida en el dia y la heredada de mil años ha, como dimanada de una fuente y concedida con iguales prerogativas, es una misma substancialmente, y solo se diferencia en la antigüedad, en que para el sugeto á quien se concede, es de privilegio, porque no precediendo éste no puede haberla, y para sus hijos y descendientes es de sangre, por haberla heredado; y en que ni sus hijos ni el concesionario podrán cruzarse, si el estatuto la pide de padres y abuelos; pero tan nobles son los unos como los otros, puesto que gozan de iguales franquezas. Esta nobleza ha de provenir precisamente del padre, por lo que si éste la goza, aunque la madre no la tenga, serán hidalgos sus hijos legítimos y naturales; mas no al contrario, porque la muger es el fin de la familia y á nadie ennoblece por sí sola; y si la madre la tiene tambien, serán nobles como lo expresa la misma ley. „Pero la mayor parte de la fidalguía ganan los omes por honra de los padres: cá maguer (*porque aunque*) la madre sea villana, é el padre fidalgo, fidalgo es el fijo que dellos nasciere; é por fijodalgo se puede contar, mas non por noble. Mas si nasciesse de fijadalga, é de villano, non tuviéron por derecho que fuesse contado por fijodalgo.„ Sin embargo el hidalgo y el noble no se diferencian en el goce de exênciones.

(*) »Cap. 25. Las legitimaciones extraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de Caballeros profesos de las órdenes, de Clérigos y de casados. Sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprehendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales, entendiéndose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite.» = »Cap. 35. Los privilegios de hidalguía. Sirvan con cincuenta mil reales, y se tendrán en consideracion las circunstancias y estado de familia del que lo solicite.» = »Cap. 36. La declaracion de hidalguía ó nobleza de sangre. Sirva con quarenta mil reales, y se tendrá igual consideracion de las circunstancias y estado de la familia del que la solicite.» Real cédula de 21 de Diciembre de 1800.

142 Como no puede haber nobleza, exêncion, ó franqueza civil sin que el Soberano la conceda, no se presume, sino se prueba, y así debe justificarla el que alega tenerla (*a*). La nobleza concedida se justifica con el título ó privilegio de su concesion, y de ésta no se debe dudar, porque el mismo título lo acredita. La prueba de la nobleza que llaman de sangre, cuya concesion no consta, se hace ó de *posesion local*, *ó de posesion general*, *ó de propiedad posesoria*. Para la posesion local es suficiente probar que el pretendiente y su padre han estado en posesion de hijosdalgo por espacio de 20 años (*b*); y al que lo justifica, se manda guardar la posesion ó quasi posesion de hijodalgo en el lugar donde vive solamente, por lo que se llama vulgarmente *hidalgo de canales adentro y local*, dando á entender que en saliendo de él ya no lo es, Para la posesion general es necesario probar de tres personas, del pretendiente, su padre y abuelo por igual tiempo de 20 años continuos y cumplidos; y al que así probare, se manda amparar en la posesion ó quasi de hidalguía, y que generalmente le sea guardada; bien que no queda declarado hijodalgo en propiedad, porque este litigio se conserva al Procurador Fiscal y al Consejo colitigante para que sigan su derecho; y si obtienen despues, se manda despojar de la posesion al pretendiente, como lo he visto hacer; pero entretanto en virtud de la sentencia primera de amparo goza de todos los honores é inmunidades que los hijosdalgo en propiedad posesoria (*c*). Y para la propiedad posesoria, aunque en lo antiguo era preciso justificar la posesion de quatro personas, del pretendiente, su padre, abuelo y visabuelo (*d*), hoy basta probarla de sí, su padre y abuelo, con tal que además se pruebe la inmemorial (*e*). En virtud de esta prueba se expide executoria, por la qual se declara hijodalgo al pretendiente, no se debe dudar ya de la posesion de su hidalguía y nobleza de sangre, pues impone perpétuo silencio y como cosa juzgada se tiene por verdadera; y sus viudas, miéntras conserven castidad y no se casen, gozan de la misma hidalguía (*f*). Esta es la mayor parte de la nobleza que hay, y viene á ser una posesion declarada de ella, no propiedad, porque para ésta es menester, ó acreditarla por medio del privilegio expedido al primero que empezó á gozarla, el qual es el verdadero título de ella, y

(*a*) Ley 8 tit. 11 lib. 2 R. ó 4 tit. 27 lib. 11 N. R. (*b*) Ley 8 cit. (*c*) Dicha ley 8. (*d*) Ley 2 cerca del fin, verb. E por ende, tit. 21 P. 2. (*e*) Leyes 7 y 8 tit. 11 lib. 2 R. ó 3 tit. 2 lib. 6 y 4 tit. 27 lib. 11 N. R. (*f*) Ley 9 tit. 11. lib. 2 R. ó 2 tit. 27 lib. 11 N. R.

sin él solo puede haber una posesion de su goce ; ó justificar descender de casa y solar conocido por noble ; cuyas dos clases de nobleza son las verdaderas, y no la de mera posesion, puesto que para adquirir ésta en los pueblos hay muchos amaños que la facilitan, mayormente con el dinero que hace valer todas las pretensiones del que le tiene; y si se hiciera presentar á cada uno el privilegio concedido á su persona ó ascendencia varonil, no quedaria la tercera parte de los que indebidamente la gozan, ni por consiguiente causarian tantos daños en los pueblos como causan.

143 Están comparados los hijosdalgo de executoria en quanto al goce de exênciones á los de *Solar conocido*, *Infanzones ó Gentiles*, que son aquellos cuya nobleza ó hidalguía es notoria á todos los de la provincia en que habitan. La notoriedad se causa por ser descendientes de casa y solar que es conocida de todos por noble, y no se halla en tierra llana que pobláron los Sarracenos, sino en la Montaña, ó en la Galicia, Asturias, Guipúzcoa, Vizcaya y Navarra, adonde se refugiáron y reuniéron las reliquias de los Católicos para defenderse de los Mahometanos, quando hiciéron su irrupcion en estos dominios, y se apoderáron de las Castillas y otras provincias; y aunque la concesion de su nobleza no conste, ni se pueda probar por el gran transcurso del tiempo, y las calamidades que se padeciéron hasta que se consiguió la total expulsion de los infieles, se presume hecha al que edificó el solar, por los servicios hechos á la corona y á la patria, y que como digno por ellos de remuneracion se le distinguió y permitió edificarle, poniendo en él sus armas y distintivo, lo qual no se le permitiria de otra suerte (*a*). El nombre de *solariego ó hidalgo* es mas antiguo que los de *Infanzon ó Gentil*, aunque se entienden por una misma cosa (*b*).

144 Aunque no consta del orígen de esta palabra *solar*, de donde se deriva el nombre de *solariego*, sin embargo de no haber cosa mas comun en esta materia, se entiende por el suelo en que está edificada la casa del que sirviendo á su patria y exponiendo su vida por ella obtuvo la nobleza, y por la misma casa ó edificio primitivo cuyos dueños se denomináron *Señores solariegos*, que quiere decir, *Señores de vasallos*, y sus descendientes por línea masculina *hijosdalgo de*

(*a*) Garcia glos. 18 nn. 3, 4, 33 y 34. Otalor. part. 2 cap. 4 n. 6. Acev. in Rubr. tit. 7 lib. 6 R. n. 198. Moren. discurs. 5 n. 1 y disc. 6 n. 2 al fin.
(*b*) Salazar de Mendoza Origen de las Dignidades Seculares cap. 7. Moren. disc. 4 nn. 1, &c. y 10.

solar conocido, para denotar la nobleza de sus progenitores que en los edificios propios que habitáron, dexáron signos demostrativos de ella, perpetuando su memoria en cosas permanentes (*a*); pero han de ser poseidos por herencia y varonía, y sin particion, en cuya atencion sin embargo de que los compre el que no goza de la nobleza, no se llamará noble (*b*).

145 De la nobleza del executado puede conocer sumaria é incidentemente el Juez que entiende en la execucion, y determinarla oyendo al executante, mas su determinacion á nadie mas perjudica que á éste; y durante el litigio ha de ser suelto el executado baxo la fianza de la *haz*, porque no dándola ha de permanecer en la cárcel, sin ser necesario remitir la causa sobre este artículo á los Alcaldes de hijosdalgo de la chancillería; pero si la nobleza del executado es notoria y por tal la alega, entónces recibida informacion de su notoriedad y posesion, debe ser suelto sin fianza alguna, y por consiguiente queda libre de dar la de saneamiento.

146 Aun quando el executado manifieste al Escribano y alguacil que van á executarle, papeles que acrediten haber gozado nobleza sus ascendientes en otro pueblo, ó les conste por otro medio que es noble, no deben por eso dexar de ponerle preso, si carece de bienes, ó teniéndolos no afianza de saneamiento, á ménos que exhiba mandamiento de amparo de algun Juez de aquel pueblo (como en esta corte le solian dar los Alcaldes de ella ántes de habérseles prohibido), ó executoria que haya obtenido, ó que conste públicamente estar admitido por tal en el mismo pueblo; pues en los dos casos primeros ha de poner testimonio de lo que resulte del mandamiento ó executoria, devolviéndoselos, y dar cuenta al Juez suspendiendo la prision hasta nueva providencia; y en el tercero ha de poner diligencia de estar recibido por noble, y no haberle requerido por esta razon que diese la fianza.

147 Entre los fueros y leyes que hiciéron antiguamente los Vizcainos para su gobierno; es uno el de que todos los vecinos y domiciliados en su territorio, y sus descendientes han de gozar del privilegio de hidalguía no solo dentro de él sino tambien en qualesquiera partes, lugares y provincias de estos reynos, con tal que los avecindados fuera de Vizcaya prueben que su padre ó abuelo paterno nació

(*a*) García glos. 18 cit. nn. 10, &c. y 24. Moren. disc. 5 nn. 4 y 5.
(*b*) García glos. 18 cit. nn. 25, &c. y 29.

en él, y por fama pública que sus anteriores progenitores por línea paterna fuéron por nacimiento Vizcainos, y todos ellos tenidos y reputados por tales (*a*); en cuya atencion gozarán de las exênciones concedidas á los hidalgos, aunque hayan renunciado su hidalguía (*b*). Estas inmunidades que ellos se concediéron ennobleciéndose á sí mismos, y otras que contienen sus fueros, las han confirmado los Señores Reyes de estos dominios, porque con motivo de haberse extinguido la descendencia de su Conde Don Lope Diaz de Haro, décimo octavo Señor de Vizcaya, se entregáron al Señor Rey Don Juan el primero de Castilla con el pacto expreso de que se les habian de guardar sus fueros nativos como hasta entónces y confirmar por los Señores Reyes sus sucesores: de manera que la nobleza de los Vizcainos es un privilegio concedido al pais, y á los que nacen y descienden de él, y no otra cosa, excepto que acrediten como los de las demas provincias ser nobles y descender por línea legítima varonil de casas solariegas ó infanzonas (cuyo número es el menor), á lo qual se les precisa hoy justamente para recibirse por tales fuera de Vizcaya y Encartaciones.

148 Gozan del privilegio de nobleza para no ser presos por deuda puramente civil los Jueces durante su oficio, los graduados de Doctores ó Licenciados en qualquiera facultad por Universidad aprobada, y los Abogados, aunque solamente tengan el grado de Bachiller (*c*). Pero esto no es nobleza sino una exêncion concedida al oficio, grado y facultad que no trasciende á la posteridad del que la exerce, lo qual procede tambien en los Oficiales Militares, si no han nacido con ella; bien que acerca de éstos me parece (aunque no he visto declaracion Real) deberá limitarse á los subalternos, y no á los Coroneles ni de mayor graduacion.

149 Los Maestros de primeras letras aprobados en esta corte para dentro ó fuera de ella que obtuvieren título del Consejo, tampoco pueden ser presos por deuda puramente civil, y gozan de las exênciones personales que los que profesan alguna ciencia ó arte liberal así en quintas, levas y sorteos como en las demas cargas concejiles y oficios públicos de que se exîmen los que profesan facultad mayor, segun Real cédula expedida á primero de Septiembre de 1743.

(*a*) Ley 16 tit. 1 de los Fueros de Vizcaya. (*b*) Leyes 9 tit. 9, y 3 y 4 tit. 16 de dichos Fueros. (*c*) Leyes 3 tit. 10 y 8 tit. 31 P. 2, y 8 y 9 tit. 7 lib. 1 R. ó 14 y 15 tit. 18 lib. 6. N. R.

Lo mismo se hà de decir de los que exercen las artes de arquitectura, escultura y pintura, porque están declaradas por nobles.

150 La muger no puede ser presa por deuda (*), á ménos que dimane de delito ó casi delito, ó que sea conocidamente deshonesta (*a*) (**). Si es casada, goza de la nobleza de su marido, aunque ella no la tenga, y conservándose viuda del noble ó del oficial de Casa Real, y viviendo castamente, le competen los privilegios de su marido como quando casada (*b*). En quanto á las exênciones de los Caballeros de las órdenes militares, criados y secretarios del Rey, labradores y otros vease la I. P. (*c*).

151 El menor de 25 años no debe ser preso por deuda civil, sino que tenga la libre administracion de sus bienes. Asimismo no puede ser preso por deuda el enfermo hasta que sane, ni el pregonero miéntras va pregonando, ni el heredero que aceptó la herencia con beneficio de inventario, le hizo en el término y con la pureza legal, y manifiesta todos los bienes de que se compone, aunque sí de lo contrario (*d*).

152 Tampoco deben ser presos el tutor, factor, ó administrador por la deuda de su tutela y administracion, excepto que no manifiesten los bienes de éstas: ni los Procuradores de Cortes durante el tiempo de su encargo á ménos que sea por contrato celebrado, ó delito cometido en la corte, ó por débitos reales, lo qual milita en los de los pueblos que vienen á ella á negocios de éstos (*e*): ni el que tuviere 3 años continuos doce ó mas yeguas de vientre por deuda contraida despues de tenerlas, excepto que toque al Rey (*f*): ni tampoco los labradores, operarios de fábricas de estos reynos, ni demas artesanos segun la Real pragmática de 27 de Mayo de 1786 inserta en el cap. 3 núm. 8 de este libro (***).

(*) No vale la renuncia que haga la muger de este privilegio á causa de haberse concedido por respeto y miramiento á su sexô.

(*a*) Ley 62 de Toro que es la 10 tit. 3 lib. 5 R. ó 4 tit. 11 lib. 10 N. R.

(**) No es preciso para que la muger deshonesta pierda su privilegio, que sea una meretriz ó ramera, y basta que esté amancebada públicamente siendo soltera. Si es casada, se requiere que el marido consienta en su deshonestidad. Covar. de Matrim. cap. 8 §. 11 n. 6.

(*b*) Leyes 9 tit. 11 lib. 2 y 18 tit. 14 lib. 6 R. ó 2 t. 27 lib. 11 y 4 t. 18 lib. 6 N. R. (*c*) Cap. 18 nn. 39, &c. y 46. (*d*) Leyes 5, 6, 7 y 10 t. 6 P. 6. (*e*) Leyes 4 tit. 3 P. 3 y 10 y 11 tit. 7 lib. 6 R. ó 5 tit. 8 lib. 3 y 8 tit. 31 lib. 11 N. R. (*f*) Tambien goza de otras exênciones que le conceden las tres leyes del tit. 17 lib. 6. R. ó 1, 2 y 3 tit. 29 lib. 7 N. R.

(***) En el dia fuera del holgazan y vagamundo apénas habrá quien pueda ser preso por deuda civil ó causa liviana, puesto que además de los muchos exên-

153 Los que no han de ser reconvenidos en mas de su posibilidad por deuda puramente civil que no pertenezca al Rey, debiendo dexárseles congrua sustentacion segun su condicion y familia, tampoco deben ser presos por ella, ni de consiguiente están obligados á afianzar de saneamiento; y son el Clérigo de órden sacro, sea por lo que debe á ótro Clérigo ó á lego: el de menores órdenes, si tiene beneficio eclesiástico y no de otra suerte (*a*): el sócio por la de su compañía singular ó universal, á ménos que renuncie este beneficio (*b*): el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y muger por la de unos contra otros (*c*); y aun quando la madre y abuela salgan alcanzadas en la tutela de sus hijos y nietos, y hayan renunciado el auxílio concedido á las mugeres, y el de no poder ser reconvenidas sino en quanto puedan, no deben ser presas por el alcance, porque esta exêncion se les concede por la reverencia que aquellos deben tenerles: el marido por la dote de su muger ó por otra deuda de ésta, aunque renuncie este beneficio y pacte que pueda ser reconvenido por el todo (*d*), de cuyo privilegio gozan igualmente sus hijos y padre, ó suegro de la muger, porque no se acaba con la muerte del marido, aunque no sufraga á los herederos extraños de éste, ni al suegro que ofrece dote á su yerno, sabiendo que no puede pagársela, pues por su dolo y malicia pierde el privilegio: el que por un infortunio accidental é inculpable, v. gr. guerra, naufragio, incendio, &c. perdió sus bienes: el Juez residenciado; y el donante por la donacion que hizo (*e*), pues de lo contrario le sería demasiado gravosa su liberalidad.

154 Tampoco debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni está obligado á responder en juicio el que con la pureza legal hizo cesion de sus bienes ó concurso de acreedores por la deuda de alguno de éstos, á cuya satisfaccion no alcanzáron los que tenia; pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dexar congrua sustentacion de los que adquiera despues de la cesion (*f*), porque éste y los demas ántes

tos no pueden serlo por dichos motivos segun la citada pragmática *los operarios de todas las fábricas de estos reynos, y los que profesen las artes y oficios, qualesquiera que sean.* Así, lo que ántes era un privilegio de varias aunque muchísimas personas, ha venido á ser una ley general que padece muy pocas excepciones.

(*a*) Cap. 3 de Solutionib. y ley 23 tit. 6 P. 1. (*b*) Leyes 15 tit. 10 y 1 tit. 15 P. 5. (*c*) Dich. ley 1. (*d*) Leyes últim. tit. 11 P. 4 y 1 cit. (*e*) Leyes 4 tit. 4 y 1 tit. 15 P. 5. (*f*) Ley 3 tit. 15 P. 5.

mencionados pueden pedir alimentos de sus propios bienes, excepto que tengan arte, oficio, ú otro medio con que alimentarse, ó que el acreedor por ser pobre carezca de lo preciso para mantenerse, en cuyos dos casos se ha de pagar toda la deuda (*a*).

155 Lo propio milita en los Duques, Condes, Marqueses y otros Señores jurisdiccionales, si forman concurso de acreedores, pues por costumbre inconcusa de estos reynos se les deben suministrar alimentos de las rentas de sus estados concursados con preferencia á sus acreedores, para evitar que se vean precisados á mendigar, ó á exercer ocupaciones indignas é indecorosas que cedan en oprobrio y desdoro de su dignidad; pero no en los poseedores de mayorazgo simple, á que no está anexa ninguna dignidad pública de título, baronía, ó jurisdiccion, pues éstos aunque sean nobles, no tienen derecho á ser alimentados en el caso que los Señores de jurisdiccion, porque la nobleza por sí solo no es dignidad sino una mera exêncion, privilegio ó franqueza concedida para ciertas cosas, ó cuyo goce es permitido al que la tiene. Tampoco se deben de justicia á los sucesores inmediatos, y si se les conceden, es por gracia, equidad y en reconocimiento de su inmediacion, siempre que tengan conocida indigencia, y el mayorazgo lo permita sin privar de los indispensables y decentes al poseedor y su familia, excepto que el fundador lo mande expresamente.

156 Litigando los referidos privilegiados unos contra otros, si el uno pretende evitar su daño y el otro adquirir utilidad, no gozará éste del privilegio de no ser reconvenido en mas de lo que pueda: ni quando el uno le tiene genérico y el otro específico: ni tampoco gozan de él sus fiadores, porque como personal está concedido solamente á los deudores principales.

157 No incurrirá en pena el alguacil por exercer con los privilegiados referidos el rigor de la ley, si el mandamiento executivo se dirige contra sus personas y bienes, y solo es responsable el Juez que debe mirar contra quien le expide: y si no gozando del privilegio expresado ni de otro los deudores, se despacha úuicamente contra sus bienes, no debe ponerlos presos, aunque carezcan de ellos, ó teniéndolos no afiancen de saneamiento, hasta que se le mande por nueva providencia, sino dar cuenta inmediatamente al Juez de lo que ocurra, para que la tome, pues por el hecho de no dirigirse contra

(*a*) Ley 15 al fin. tit. 10 P. 5.

sus personas es visto no querer que se proceda contra ellas, y el alguacil como mero executor carece de facultades para alterar y excederse de lo que expresa y literalmente le manda ó prohibe el Juez.

158 Pasado el término de los pregones (pues miéntras dura, nada se debe hacer por lo dicho en el núm. 133, excepto que se renuncie expresamente, ó ántes que espire, se oponga el executado á la execucion, como se dirá despues), de mandato expreso y por escrito del Juez á instancia del acreedor y no de otra suerte, residiendo el executado en el pueblo del juicio y pudiendo ser hallado en su casa ó en el mismo pueblo, se le ha de citar en persona para dos fines: el uno para que se oponga á la execucion y excepcione contra ella, si quisiere, y el otro para proceder en su defecto á la sentencia, venta y remate de los bienes executados y pregonados. Al mismo tiempo debe el Escribano apercibirle con arreglo á derecho (a) „que si dentro de los 3 dias siguientes al de la citacion no compareciere en el juicio á mostrar paga, quita ó razon legítima que impida el remate, se procederá al de los bienes executados sin mas citacion, y para ello á sentenciar la causa por el importe del débito, su décima y costas causadas y que se causen hasta el efectivo pago de todo.„ De haberle hecho este apercibimiento expresándolo ha de dar fé en la citacion; y aunque no falta quien diga que no es necesario nuevo auto para hacer ésta, no me conformo con este dictámen: lo primero, porque la ley 3 tit. 3 lib. 4 R. dice: „Y mandamos que de aquí adelante ningun Escribano, ni portero, pregonero, ni emplazador, ni otro oficial que tenga cargo de emplazar, no sea osado de emplazar, ni emplace á persona alguna, sin que primeramente le sea expresamente mandado por nuestras Justicias:„ lo segundo, por no ser esta citacion consiguiente á la traba: lo tercero, porque el deudor puede haberse convenido con el acreedor, y así se ha de hacer á instancia de éste y en virtud de mandato judicial nuevo, ó puesto en el mandamiento; y lo quarto, por estas palabras de la ley 36 tit. 4 lib. 3 R. „Y que despues un dia ántes que se haga el tal remate, se dé otro mandamiento para emplazar la parte para el dicho remate.„

159 No dexándose ver el executado se deben practicar para citarle de remate las mismas diligencias que para notificarle el estado de la execucion, expresando en ellas no poder ser habido, y dexándole cédula ó memoria por escrito con la relacion competente y expresion

(a) Leyes 36 tit 4 lib. 3 y 19 tit. 21 lib. 4 R. ó 13 y 12 tit. 28 lib. 11 N. R.

de los efectos de la citacion, sin ser necesario buscarle por la ciudad ni provincia para que le perjudique la citacion, como si se le hubiese hecho en persona; bien que si acreditare que la citacion hecha en su casa no llegó á su noticia, no le perjudicará. Teniendo dos casas, se le ha de citar en la que habita: siendo vagamundo, en el lugar adonde asiste con mas freqüencia; y constando por informacion hecha en el juicio su ausencia de la provincia, y la ignorancia de su paradero y regreso, se le citará por edictos, nombrándose defensor con quien se entiendan las diligencias de venta y remate, como se nombra, quando por no haber dexado heredero un difunto está yacente la herencia sin saberse á quien corresponde.

160 Hallándose fuera del territorio ó jurisdiccion del Juez que entiende en los autos executivos, ha de librar requisitoria al de su domicilio. Esta debe ir documentada con insercion de la declaracion y sentencia ó executoria que trae aparejada la execucion, y si se pide en virtud de escritura, ha de ir inserta ésta con la nota ó toma de razon de la oficina de hipotecas, para que no se le deniegue el cumplimiento, porque la escritura hipotecaria sin la nota no tiene fuerza executiva, si es especial, como se dirá en el núm. 228; y ha de ser no solo para trabar y mejorar la execucion, notificarle su estado, prenderle á falta de bienes equivalentes ó de fianza de saneamiento, y hacer depósito de éstos á disposicion del requirente por cuenta y riesgo del requerido, sino tambien para citarle de remate á su tiempo, que es despues de haber espirado el término de los pregones y no ántes, porque de lo contrario habrá que volver á citar, como lo he visto hacer, por no haberse observado él órden y forma de la ley, prefiniéndole en ella el competente segun la distancia, para que comparezca á excepcionar y probar lo que le convenga, baxo el apercibimiento insinuado como en el juicio ordinario (*a*); pues si no se hace todo esto en virtud de una sola requisitoria, se causan dilaciones y gastos superfluos, y así se practíca en esta corte. Y si la execucion se trabó en réditos de censos ó en deudas, derechos y acciones pertenecientes al executado, convendrá citar á los deudores, como si estuviéran executados, para que dentro del propio término aleguen lo que les convenga sobre lo que debian satisfacer al executado, y no haya que hacer con ellos nuevos autos. Asimismo tocante á los pregones se les ha de apercibir que corren tambien para con ellos, porque de

(*a*) Ley 7 tit. 3 lib. 4 R. ó 3 tit. 4 lib. 11 N. R.

esta suerte quedan expeditas las diligencias y ciertas las deudas, y se puede proceder contra los deudores con apremio, si el executado no paga.

161 Quando terceros ó acreedores conocidos poseen los bienes en que se trabó la execucion, se les debe citar tambien en sus personas, pudiendo ser hallados, y si se ignora su paradero ó son inciertos, acreditándolo el executante por informacion sumaria en el juicio, se les ha de hacer la citacion por edictos ó pregones, nombrando defensor con quien se practiquen las diligencias referidas para evitar su nulidad y la de la venta. Si el reo executado es ciudad ó universidad, se ha de citar al Procurador Síndico y á un Regidor de ella.

162 Compareciendo por sí en el juicio el executado, ú oponiéndose ántes que se le cite de remate, esté ó no pasado el término de los pregones, de que dixo queria aprovecharse, quando se le notificó el estado, es ociosa la citacion, y no se debe dar auto ni mandamiento para hacerla, como lo ordena la ley 36 al fin. tit. 4 lib. 3. R. en estas palabras: „y que si oviere oposicion, despues de ella no se dé otro mandamiento para el dicho remate;„ pues por su comparencia es visto no solo que sabe se le ha de citar, sino tambien que renuncia tácitamente el término de los pregones que falta que correr; y así se le ha de haber por opuesto, encargar á ámbos litigantes el de la ley, á fin de que aleguen y justifiquen lo que les convenga, y entregar los autos al executado, como que este término se estableció para que no quedase indefenso, aunque es comun á los dos; y esto es lo que se observa en esta corte.

163 Si por no ser suficientes los bienes executados para la satisfaccion de la deuda, su decima y costas se hiciere nueva execucion, ó la despachada se ampliare ó mejorare en otros, debe citarse segunda vez al deudor para el remate de éstos, aunque la traba se hubiese hecho por todos los demas que pareciesen pertenecerle. Además, si el pleyto se ha tenido suspenso en estado de citacion ú otro un año ó mas, se le ha de volver á citar, ó hacer saber por retardado el que tenga, sin cuyo requisito de ningun modo se han de proseguir las demas diligencias, que es el efecto que produce la omision del actor; y lo mismo se debe practicar y practíca en el juicio ordinario por la propia razon.

§. IV.

De la oposicion del executado y de las excepciones que se le deben ó no admitir : del término en que las ha de probar para impedir la execucion , y de si el Juez requerido podrá conocer de ellas y determinarlas.

164 Hecha la citacion de remate y pasado el término prefinido en ella al deudor puede oponerse á la execucion por sí ó por medio de Procurador con poder bastante, pues no está obligado á comparecer personalmente. Si no acude á defenderse , podrá el Juez sin mas citacion llamar los autos y sentenciar la causa á la primera rebeldía que el executante le acuse, y no de otra suerte , pues aunque la ley 19 tit. 21 lib. 4 R. dice : „Y no haciendo la oposicion dentro de los dichos 3 dias , mande el Juez hacer remate, y pago á la parte;„ esto se entiende pidiéndolo ésta y no en otros términos ; pero si ocurre, entónces como que su oposicion, la qual sirve de contestacion, surte el efecto de que se suspenda la sentencia y venta de los bienes executados por 10 dias hasta que el Juez declare que debe continuarse la execucion (a) ; se le tendrá por opuesto y entregarán los autos, aunque haya espirado el término de la citacion y mucho mas en caso de no haberse dado la sentencia , para que se aclare la verdad y no se condene al innocente. Y si ántes que espire el de los pregones , se opone por medio de Procurador , no se le ha de haber por opuesto, entregar los autos, ni tener por parte, excepto que el poder contenga esta especialidad y la renuncia del término; lo que no sucederá , si comparece por sí mismo en el juicio, como se expuso en el n. 162, pues así se practíca en esta corte.

165 Sin embargo de que algunos afirman que el executado al tiempo que se opone á la execucion y pide los autos, debe especificar la excepcion que tiene para enervarla, á fin de que se le admita la oposicion, se observa lo contrario, por no haber ley que tal mande, y así basta que alegue generalmente que tiene que excepcionar y justificar , y pida los autos, pues se le mandan entregar , y ha por opuesto á ella encargando á ámbos litigantes el término de la ley como comun.

166 Tres clases de excepciones puede oponer el executado para eludir la via executiva é impedir la sentencia de remate. La primera es

(a) Dich. ley 19 tit. 21.

de las que llaman *directas* por hallarse expresadas en la ley 1 tit. 21 lib. 4 R. y son seis, á saber: *pago, pacto o promesa de no pedir la deuda, falsedad, usura, fuerza y miedo.* La segunda clase es de las *útiles*, cuyo nombre se les dá, porque aunque no hace mencion específica de ellas la ley, se coligen de su contenido y de otras leyes, y por derecho pueden admitirse en juicio, segun se prueba de las palabras de la citada ley, „y tal que de derecho se deba recibir:„ y de la 2 del propio tit. y lib. „Salvo si dentro de 10 dias mostrare la tal paga, ó legítima excepcion.„ Estas dos clases de excepciones se admiten en la via executiva, y probándolas el executado en tiempo y forma eluden la intencion del executante. Y la tercera clase es de las que por su naturaleza exîgen mayor y mas escrupuloso exámen y conocimiento, y no se coligen de las leyes citadas, por lo que ni en este juicio ni en los demas sumarios se deben admitir, excepto que se prueben y liquiden incontinente, que es en el término legal. De todas se tratará ordinalmente en este párrafo.

167 La prueba de la paga para impedir la execucion se ha de hacer, segun prescribe la ley 19 cit. que dice: „Salvo si dentro de 10 dias mostrare la tal paga, ó legítima excepcion sin alongamiento de malicia por otra tal escritura como fué el contrato de deuda, ó por albalá que haga fé, ó por confesion de la parte, ó por testigos:„ De aquí se deduce que si por uno de estos quatro medios no la prueba plenamente el executado, no debe deferirse en el juramento supletorio, porque quando la ley prescribe cierto género de prueba, no se defiere en él la que falta. Y es de advertir que si se pacta expresamente el pago en el mismo género de moneda que el deudor recibe prestada, debe cumplirlo así, aunque se acostumbre pagar en qualquiera, pues mas debe seguirse lo que se capitula, que lo que es costumbre.

168 Puede hacerse tambien la prueba de la paga por presuncion de derecho, y debe admitirse, porque se reputa prueba completa, en cuya atencion si alguno manifiesta los recibos de las pagas hechas en los tres últimos años, se entiende haber satisfecho las pensiones de los precedentes; é igualmente quando el deudor tiene en su poder el instrumento que acredita el débito, porque se presume su pago, ó al ménos haberle remitido el acreedor no solo la accion de pedir executivamente contra él sino tambien la misma deuda (*a*), no justificando

(*a*) Leyes 40 tit. 13 y 9 tit. 14 P. 5.

éste la substraccion del instrumento. Y porque á veces suelen algunos hacer las pagas, y despues asegurando haberlas hecho indebidamente por yerro intentan repetir lo pagado, y su contrario lo niega: para saber qual debe probarlo, he aquí las palabras de la ley 29 tit. 14 P. 5. „Dubda podria avenir sobre la demanda que alguno ficiesse á otro diciéndole que pagaria por yerro lo que non devia, si el otro dixesse que non era assí, qual de las partes debe probar lo que dice, el demandador, ó el demandado. E por ende decimos que si aquel á quien face la demanda, conoce la paga, diciendo qual fué fecha verdaderamente, é non por yerro; que estonce el demandador deve probar el yerro, é si lo probare, dévele ser tornado lo que pagó. Mas si el demandado negasse la paga, é el demandador probasse tan solamente que la avia fecho, maguer non probasse el yerro, tenudo es el demandado de tornarle aquello quel pagó; fueras ende si quisiesse luego probar que la paga le fuera fecha verdaderamente. E este departimiento que facemos en esta ley, ha logar entre todos omes, fueras ende en el menor de 25 años, é en la muger, é en el labrador simple, en el cavallero que vive con cavallo, é armas en servicio del Rey, ó de la tierra: cá qualquier destos que demandasse á otro en juicio, que habia fecho paga como non devia, é el otro otorgasse la paga, estonce tenudo sería el que la paga recibiere, de probar que fué verdadera; é que la deve aver por derecho. E si esto non probasse, tenudo sería de tornar lo que assí oviesse rescibido. Con esta ley concuerda la 6 tit. 14 P. 3 (*a*).

169 El pacto ó promesa de no pedir la deuda que es respectiva ó á su total remision ó á cierto tiempo, es tambien una excepcion legítima que probada en forma legal impide el curso de la via executiva; y dicho pacto pasa á los herederos, aunque ninguna mencion se haga de ellos, excepto que se pruebe que fué personal, porque en duda se presume real (*b*).

170 Para admitirse en la via executiva la excepcion de falsedad, ha de ser contra lo substancial del instrumento, pues no basta sea contra alguna cosa accesoria de él como la hipoteca ó pena (*c*). Lo propio milita, si se opone la falsedad contra el instrumento, en cuya virtud se dió sentencia condenatoria, y ántes de ésta nada se tocó de aquella, pues no obsta á la execucion, porque requiere mayor exámen

(*a*) Sobre otras especies útiles véase el tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 11 t. 14 P. 5.
(*c*) Ley 111 tit. 18 P. 3 y cap. 6 de Fide instrum.

é indagacion, á ménos que se pruebe en el término legal, en cuyo caso impedirá que se execute la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

171 La excepcion de usura ó de que el contrato fué usurario, impide tambien la execucion probándose en los 10 dias de la ley (a).

172 Anulan el contrato é impiden la execucion la fuerza y miedo que intimidan y acobardan á los hombres constantes, no á los niños, como si para que el deudor otorgase el instrumento, le amenazó de muerte, mutilacion de miembro ó cosa semejante el acreedor; ó si hizo que le prendiesen injustamente, y le otorgó en la cárcel, en cuyos casos probando la fuerza ó miedo dentro de los 10 dias de la ley y no de otra suerte impedirán el curso executivo.

173 De las excepciones de la segunda clase llamadas útiles lo es la compensacion, materia tan útil y dificil como freqüente en la práctica de los tribunales, de que se hablará con extension, por no haber tratado de intento de ella nuestros AA. ni en latin ni en castellano. La compensacion es *una mutua contribucion del crédito y débito entre sí*: ó un descuento y modo de satisfaccion con que el executado ó demandado pretende enervar la execucion ó demanda que el actor le puso (b). La compensacion no es propia y simple ó pura excepcion sino una mezcla de accion y excepcion, porque quien compensa es en algun modo actor, y así su contrario debe responder á su oposicion como á una peticion. Se introduxo por equidad, pues mas nos interesa no pagar lo que realmente no debemos, que tener que repetir lo indebidamente pagado; como tambien por evitar pleytos y rodeos superfluos, de suerte que se haga á un tiempo lo que se habia de hacer en muchos (c). Pasa activa y pasivamente como excepcion real perentoria inherente á la cosa, á los herederos y sucesores singulares del deudor á prorata de lo que debia, y así aunque éste no la haya opuesto, pueden oponerla por ello, mas no por su propia deuda. Tambien pasa contra los acreedores conjuntos de manera que es recíproca entre todos. Extingue no solo la primera obligacion sino asimismo las accesorias, una vez hecha la oposicion judicial: se numera entre las especies de paga, y tiene el vigor y efecto de verdadera: impide *ipso jure* el curso de las usuras ó intereses, débanse por una parte ó por

(a) Puede verse la I. P. cap. 26 donde se habla extensamente de la usura. (b) Ley 20 tit. 14 P. 5. (c) En el núm. 191 cap. 1 de este lib. se dice en que se diferencia la compensacion de la reconvencion.

ámbas: exîme al deudor de la nota de moroso y disuelve la obligacion pignoraticia: produce accion pignoraticia contraria (*a*) para reivindicar la prenda que se halla en poder del acreedor, y produce otros muchos efectos. Así pues, siendo la compensacion especie de paga, y ésta una de las excepciones expresadas en la ley, se debe estimar como tal é impedirá la execucion de sentencia, instrumento ú otra cosa que la traiga aparejada, si lo que se pretende compensar está líquido ó se liquida en los 10 dias de la ley y no de otra suerte (*b*).

174 Para que tenga lugar la compensacion, se requiere primeramente que las cosas que se piden y pretenden compensar, consistan en número, peso, ó medida, y sean líquidas ámbas, v. gr. dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino, &c. (*c*) pues del dinero con la especie no se admite, á ménos que ésta se pierda y se trate de su estimacion, en cuyo caso no se juzga de la especie como tal sino como cantidad: ni quando ámbas partes deben dinero, la una como cantidad y la otra como especie, v. gr. si en un bolsillo cerrado y sellado hay alguna sin contar; pues entónces mas será permuta que paga: ni de especie con especie, ni de género con especie (*d*), ni tampoco de género con género, como casa con fundo, caballo con mula, trigo con vino, &c. En segundo lugar se requiere que la cosa que se intenta compensar, tenga la propia estimacion y bondad que la que se pide, por lo que si uno debe cierta porcion, v. gr. de trigo á otro, y éste á él otra tanta, pero de mejor calidad, no se admitirá la compensacion: en cuya atencion, en la de ser incierto su valor y no poderse liquidar brevemente, y en la de considerarse además de ésto la aficion á la cosa y otras circunstancias que hacen á la una mas cara que á la otra, no se debe compensar la especie con la especie ni el género con otro género. En tercer lugar se requiere que el crédito y el débito concurran en una misma persona, de suerte que ámbos litigantes sean acreedores y deudores, actores y reos, pues con el crédito de un tercero no se admite la compensacion por favor del deudor, ni se puede obligar á éste á que contra su voluntad compense lo que debe á otro que á su deudor. En quarto lugar se requiere que el crédito y el débito se pidan en nombre propio y no en el de un tercero, por lo que el tutor que es acreedor de alguno, no puede compensar con él lo que debe en nombre de su pupilo, ni con el acreedor de

(*a*) Véase el núm. 12 cap. 28 P. I. (*b*) Ley 20 tit. 14 P. 5. (*c*) Ley 21 tit. 14 P. 5. (*d*) Ley 21 tit. 14 P 5.

éste lo que él mismo debe por sí. En quinto lugar se requiere que conste del crédito y esté líquido, ó se pueda liquidar en el término de 10 dias por confesion de la parte contraria, ó por otro medio legal, pues en otros términos no se admite compensacion de lo líquido con lo no líquido (*a*). Y en sexto lugar se requiere que el débito sea puro, y no alternativo si no hecha primero la eleccion; ni condicional, ni á dia cierto, porque hasta que éste llegue, y la condicion se cumpla, no se le considera ni tiene por deudor. Concurriendo estos requisitos, así como el que tiene á su favor muchas prendas ó bienes obligados, puede elegir el que quiera para que se venda y se le haga pago, y el fiador reconvenido compensar el débito con su crédito, ó con el del deudor principal, como se dirá en el núm. 79; así tambien el acreedor que lo sea por muchas causas, y que es deudor de su deudor por una sola, puede elegir el crédito que mas bien le parezca, y compensarle con su propio débito; y ésto en qualquiera parte, aunque hubiese prometido pagarle en lugar determinado, porque no le está prohibido, y porque en este caso mayor efecto causa la accion mixta de excepcion que la mera accion. Y es de notar que así como no se admite reconvencion de reconvencion por las razones expuestas en el cap. 1 de este lib. núm. 188, tampoco compensacion de compensacion en todos casos.

175 No solo puede oponerse la compensacion ántes de la sentencia en qualquiera parte del juicio, sea sumario ó plenario, sino tambien despues de pasada en autoridad de cosa juzgada, por ser excepcion perentoria que no la impugna y solo la modifica; y podrá hacerse la oposicion ante el Juez ordinario, el delegado, el de apelacion, el árbitro en la causa compromisaria y el mero executor por via de excepcion, aunque estén pasados los 10 años que la ley 63 de Toro prescribe para pedir executivamente, porque, lo que es temporal y limitado para demandar, es perpétuo para excepcionar; como tambien por via de reconvencion. Si el demandante la opone por excepcion, entónces como que alega no ser deudor, y pretende que así se declare, y que se le descuente su importe de lo que el acreedor le pide, ha de admitirse y descontársele; pero sino la justifica de suerte que no se dude de ella, debe pagarle ante todas cosas, y luego ha de seguirse el pleyto recibiéndose á prueba por via de justificacion. Lo mismo se ha de practicar, quando la pone por via de reconven-

(*a*) Dich. ley 21 tit. 14 P. 5.

cion como peticion (*a*). Y para que no sea perjudicado, ni la compensacion que intenta se haga, surta el efecto de reconvencion, ha de pretender que mediante la compensacion deducida se le absuelva de lo pedido por el actor. Y es de advertir que el que opone la compensacion, puede pedir se compela á su contrario á la manifestacion de los papeles ó instrumentos que se hallen en su poder, para probarla, quando es intrínseca, esto es, quando proviene de la misma causa que la peticion ó demanda; pero no, quando es extrínseca.

176 Por pasar activa y pasivamente á los herederos la excepcion de compensacion, como se dixo en el n. 173, tiene facultad el heredero de compensar con el acreedor del difunto su causante lo que debe á éste, si aquel le demanda por lo que el difunto le debia, porque la compensacion como excepcion real es inherente á la cosa y no á la persona. Si son muchos los herederos, ha lugar tambien entre ellos á la de los débitos hereditarios, como si uno posee la parte de herencia que corresponde al otro, y éste la que se debe dar á aquel, en cuyo caso si uno de ellos quiere reivindicar la suya, le obsta la excepcion de compensacion de la que retiene y pertenece al otro partícipe; pues aunque de la especie á la especie no se admite en derecho, cesa la prohibicion con la voluntad de las partes. Pero el coheredero no puede excluir á su acreedor por que éste debe á otro heredero, cuyo débito no dimana de parte de la herencia.

177 Igual facultad tiene el deudor demandado por el heredero acerca de lo que debia al difunto, pues puede excepcionar la compensacion no solo de lo que éste le debia, sino tambien de lo que el mismo heredero le está debiendo; porque despues de la adicion ó aceptacion de la herencia se confunde ésta con los bienes del aceptante, á cuya conseqüencia los débitos de éste se consideran como de aquel para el efecto de compensarse, especialmente siendo lisa y llana la aceptacion, pues siendo con beneficio de inventario es esto opinable, por no hacer entónces dicha confusion y no estar obligado el heredero á mas de lo que permita la herencia. Pero si los herederos son muchos, y tratan de cobrar el crédito perteneciente al difunto, les puede oponer el deudor demandado la compensacion á prorata de lo que el difunto debia á éste, mas no de la que cada uno de aquellos le debe por su propia persona, pues ésta no es admisible.

178 Carece de accion el sócio para compensar lo que debe á la

(*a*) Ley 20 tit. 14 P. 5 y 2 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 28 lib. 11 N. R.

sociedad, con lo que peculiar y privadamente le debe su consócio; y así ha de satisfacerle lo que resulte á su favor, y luego podrá usar de su derecho contra el consócio deudor suyo; bien que si el crédito y el débito pertenecen á la sociedad en comun, y no á otra en la que no todos son partícipes, no hay obstáculo á la compensacion. Los que tienen compañía ó poseen en comun alguna cosa, pueden descontarse mútuamente el daño y deterioro que por su negligencia se hayan causado, con tal que sea igual y el crédito de la sociedad no consista en especie; bien que si consiste en ésta, podrá apreciarse para aquel efecto; y si es desigual, pueden hacer el descuento con el lucro del que le haya causado, hasta la competente cantidad: (*a*) lo qual no sucede con el que un sócio hizo por su culpa y no por caso fortuito á la sociedad, pues no compensa con el lucro que adquirió en ella, porque éste pertenece á la compañía en comun, y el daño se atribuye á él solo que le causó.

179 Como á todos está permitido usar de los derechos que corresponden á su autor ó causante, (*b*) y á los fiadores competen las excepciones que á los deudores principales, especialmente si son respectivas á la obligacion de la causa, se sigue de aquí, que si el fiador es demandado por la fianza que constituyó, puede compensar no solo la cantidad que el acreedor ó demandante le debe, sino asimismo á su eleccion la que éste debe al deudor principal, como se expuso en el n. 174: (*c*) lo primero, porque así como puede pagar por éste, puede tambien compensar: lo segundo, porque al modo que puede satisfacer con dinero de su principal, asimismo oponer la compensacion de la cantidad á que éste es acreedor, porque el fin y defecto de la compensacion es hacer la paga; y lo tercero, porque el fiador no debe ser condenado en mas que el obligado principal, y puesto que éste no debe serlo por la cantidad que se compensa, tampoco aquel, en cuya atencion puede excepcionar no solo la compensacion de su crédito, ó del deudor principal separadamente, sino tambien la de ámbos á un tiempo, si el uno no alcanza á la total solucion de lo que éste debe, aunque lo resista el mismo deudor, porque la compensacion, segun se ha dicho, es excepcion real inherente á la cosa y no á la persona. Esto procede, aun quando el crédito compensable fuese posterior á la fianza, ó á la condenacion del fiador ó deudor princi-

(*a*) Ley 22 tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 156 §. 3 ff. de Reg. jur. (*c*) Ley 42 tit 14 P. 5.

pal, ó sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y aun en el caso de aquel el obligado principal esté impedido por derecho de usar de la compensacion, porque el fiador trata de evitar su daño y no debe perjudicarle el delito de aquel; como tambien en el de que haya prometido pagar sin oponer excepcion alguna el mismo deudor principal, á ménos que haya renunciado especificamente la de compensacion. Pero es de tener presente que si el acreedor executa al fiador simple ántes de hacer excusion en el deudor principal, y el fiador tiene que liquidar cuentas con el mismo acreedor que resulta alcanzado, ha de oponer á éste la excepcion de la excusion y no la de compensacion, porque ésta requiere mas exámen y tiempo, no habiéndose liquidado y confesado la cantidad; y con el hecho de omitir la otra excepcion se constituye deudor principal no siéndolo: por lo que sentenciará la causa de remate y se le reservará su derecho para otro juicio acerca de la compensacion: lo qual se entiende, quando el crédito y débito dimanan de diversos contratos, no si se derivan de uno mismo que tiene causa individua y connexá como la sociedad, tutela y otro género de administracion, de la que se pueden dar á entrámbos las acciones *directa y contrária*, en cuyo caso la excepcion de compensacion impide la execucion de lo líquido recibido, hasta que se liquide la data ó descargo.

180 Lo explicado en el núm. anterior no milita, quando el fiador es deudor del deudor principal por igual cantidad que aquella porque le fió, y éste le demanda sobre su satisfaccion, pues la fianza no le presta accion para intentar la compensacion: lo primero, porque ésta es mutua contribucion del crédito y débito, de tal suerte que ninguno puede pretenderla sino es acreedor y deudor juntamente; y lo segundo, porque no hay débito ni cantidad ántes que se pague, y el peligro á que está expuesto el fiador, no es razon suficiente para la compensacion, por lo que no es justo se permita ésta, ni la retencion al que todavía no es acreedor, de que se infiere que en caso que pague por él, debe admitírsele.

181 Como para los efectos civiles el padre y el hijo se tienen por una sola persona, tendrá lugar con el uno la compensacion de lo que un tercero debe al otro. Por lo que hace al padre, éste se halla obligado á admitir la de su crédito con el débito de su hijo que está baxo su poder en los casos siguientes. El primero es quando le concedió peculio y trata de exîgir el crédito del mismo hijo contraido con motivo del peculio, porque si el hijo es deudor de su deudor, podrá

oponer éste á su padre la compensacion, no solo por lo que impone el peculio sino tambien por toda la deuda: lo qual no sucederá, si el padre intenta recobrar su propio crédito, pues entónces se admitirá la compensacion al acreedor de su hijo hasta en el importe del peculio asignado á éste y no mas. La razon de diferencia consiste en que quando el padre intenta exîgir el crédito que su hijo contraxo con motivo del peculio, es visto que le aprueba, y respecto usar de su derecho solo en virtud del mismo contrato es justo que por esta causa sufra insolidum la compensacion que le objeta; mas no, quando usa de él por su propio débito y no por el que proviene del contrato de su hijo. El segundo caso es, quando el padre aprobó el contrato de su hijo, y se le opone la compensacion del débito de éste dimanado del propio contrato, pues por el hecho de aprobarle se sujeta á las leyes de él sin consideracion ni limitacion á su importe. El tercero es quando el padre mandó al hijo que contraxese con alguno y de este contrato resultó deudor el hijo; pues si el acreedor de éste fuere reconvenido por su padre como deudor por aquella causa, podrá deducir la compensacion de lo que el hijo le debe por razon del mismo contrato. El quarto es, quando el hijo con facultad del padre para contraer convirtió en utilidad de éste lo que recibió de su acreedor; pues tendrá lugar la compensacion de lo invertido en su provecho, porque así como puede pedir y obtener el acreedor contra aquel en cuya comodidad se convirtió su crédito; así tambien compensar lo que se le debe. Y el quinto caso es, por los alimentos necesarios que alguno suministre al hijo estudiante, pues puede el padre ser reconvenido acerca de ellos por el prestador, y se debe admitir á éste la compensacion contra él hasta en su importe; bien que si el hijo se halla emancipado, no tiene obligacion su padre de pagar sus débitos, ni por consiguiente de admitir la compensacion, porque ésta es solucion. Y tocante al hijo que está baxo la pátria potestad, si demanda á su deudor, es indubitado que éste puede compensar con él lo que su padre le debe hasta en el importe de su peculio; mas no lo que adquirió con su arte ó industria. Pero si el hijo es demandado, no se le permite compensar su deuda con el crédito de su padre, excepto que afiance de que éste lo aprobará y no reconvendrá á su deudor por ella: lo qual procede tambien, quando el padre es demandado, y el hijo sale al juicio á defenderle sin su poder, y en otros, aunque no sean hijos ni parientes que sin su poder quieren defenderse judicialmente; pues precediendo dicha fianza pueden oponer la compensacion de lo que el

demandante debe al que intenta defender. (*a*) La razon en quanto al hijo es porque está impedido de comparecer en juicio por su padre, á ménos que se lo mande, y como el que compensa, demanda y mueve pleyto, respecto pide lo que pretende se compense, por eso es preciso que dé la caucion ó fianza de aprobacion.

182 Si el procurador es demandado para que pague la deuda del que le dió el poder, ó excepciona la compensacion del crédito de éste, ó del suyo propio: si del crédito de su principal, es inqüestionable que se le debe admitir, afianzando de que éste lo aprobará (*b*), excepto que el mismo principal hubiese opuesto ántes la compensacion, en cuyo caso no necesita afianzar, porque solo la renueva; lo qual milita asimismo en los casos en que se hace *ipsojure*; y si excepciona la compensacion de su mismo crédito, aunque no falta quien afirme que puede hacerlo, obsta á este dictámen la razon legal de que para admitirse la compensacion deben ser ámbos acreedores y deudores recíprocamente uno de otro. Lo mismo procede, quando es demandado por su propia deuda, y opone la compensacion del crédito de su constituyente ó poderdante. Y por el ausente que no tiene ningun Procurador qualquiera del Pueblo puede oponer la compensacion del débito porque se procede contra él con el crédito del mismo ausente.

183 Tiene lugar la compensacion que oponga el acreedor á su deudor, cesionario de una deuda de aquel, porque éste es un verdadero acreedor por su propia persona, y no por la del que hizo la cesion: lo qual se entiende, aunque el cesionario no haga saber al deudor que no pague á otro; pero se limita en caso que la cesion se haga con fraude, ó que quien la hizo no pueda por algun motivo pretender su exâccion.

184 Dicen algunos que la renuncia del beneficio de la compensacion no vale, por ser contra la equidad y buenas costumbres, y que aunque el deudor jure en el contrato no usar de ella se debe admitir; pero otros afirman lo contrario, porque quando el juramento se puede observar sin detrimento de la salud eterna, se ha de estar á él, y la renuncia de la compensacion no es contra la equidad, una vez que la parte la hace espontáneamente, por lo que en pagando puede solicitar el cobro de su crédito. Lo propio milita en su heredero, quien se halla obligado á la observancia del contrato. Pero es de notar que

(*a*) Ley 25 tit. 14 P. 5. (*b*) Ley 24 tit. 14 P. 5.

porque el deudor haya pedido término, ó la ley se le conceda para pagar, no es visto renunciar la compensacion ni haber perdido el derecho de oponerla.

185 Como segun se ha dicho, para que tenga lugar la compensacion, es necesario que el crédito y el débito sean de un sugeto, y no de un tercero: de nada servirá al deudor demandado el oponer contra su acreedor la de lo que éste debe á otro que á él, para exîmirse por este medio del pago de su deuda, aunque aquel cuyo crédito se deduce para que se compense, lo consienta; ni aun quando sean dos deudores mancomunados, puede el reconvenido oponer contra el actor la compensacion de la cantidad que éste debe al co-reo ó mancomunado.

186 Lo propio procede en el Prelado, Rector ú otro que gobierna ó administra los bienes de la iglesia, pues no está obligado á admitir la compensacion de su propio débito con el que el demandado debe á la iglesia; como tambien en el poseedor del mayorazgo que pide los créditos de éste, pues no se compensarán con lo que él debe, porque el mayorazgo que está baxo la administracion del poseedor, se asemeja al pupilo que vive baxo de la tutela, y á la iglesia que se administra por su Prelado (*).

187 Los créditos del tutor y curador no se deben compensar con los de su menor; pero entre muchos tutores de un menor se ha de admitir la compensacion, aunque la tutela ó administracion esté dividida entre ellos, con tal que el crédito pertenezca al menor y no privati-

(*) Error craso y manifiesto. Entre el Prelado ó el tutor y el poseedor de un mayorazgo hay suma diferencia sobre el punto de que se trata. Los créditos de la iglesia ó pupilo no pertenecen al Prelado ó tutor, y sí los del mayorazgo á su poseedor, quien puede disponer de ellos y emplearlos en los propios usos. Por tanto, aunque no se deba admitir la compensacion del débito del Prelado ó tutor con lo que el demandado debe á la iglesia ó pupilo, ha de admitirse la de la deuda del poseedor del mayorazgo con el crédito de éste que lo es verdaderamente de aquel. Y en vista de una razon tan clara y poderosa ¿deberé detenerme á impugnar ó desvanecer las ridículas sutilezas en que fundan su opinion Salgado, Valenzuela, Castillo y otros muchos AA. de que *el mayorazgo que está baxo la administracion del poseedor, se semeja al pupilo que está baxo de la tutela, y á la iglesia que se administra por su Prelado*: de que el mayorazgo es el actor ó demandado, no la persona del poseedor que le representa, quando reconviene ó es reconvenido como tal; y de que el mayorazgo del mismo modo que la iglesia como persona ficta ó representada, la qual nunca muere, tiene el dominio y posesion de las cosas y derechos pertenecientes á ella, y el poseedor ó Prelado la administracion?

vamente al tutor, porque no obstante ser diversas las administraciones es una sola é individua la tutela. Lo propio sucede al tutor reconvenido por lo que el pupilo debe, con lo que el demandante está debiendo al mismo pupilo, y tambien con su propio crédito en favor de éste. Y al nominador de los tutores reconvenido por el pupilo á causa de no haberlos elegido idóneos se permite compensar con éste la cantidad que pagó últimamente por él.

188 Si el vendedor instare por la solucion del precio de la cosa que vendió, puede el comprador oponerle la compensacion del crédito que tiene contra él, no siendo el vendedor el fisco: lo qual se amplía á lo que el comprador pagó por razon de la cosa vendida, como si se vendió por libre y luego resulta gravada, aunque el vendedor no expresase que era libre, ó si éste prometió reintegrarle de lo que por su culpa y por razon de la cosa satisfaciese; pues así como el comprador puede repetir las expensas, así tambien compensarlas con el precio no pagado. Asimismo se amplía á lo comprado en pública subhasta.

189 El comprador á quien el vendedor reconviene por el precio de la cosa que le vendió, puede oponer la compensacion de la que se le quitó por eviccion. Lo propio milita, si le reconviene por otra cantidad fuera del precio, á causa de haberse pagado ántes que se le quitase la cosa. Y no solo por el precio sino tambien por el interes del que se obligó á eviccion, se puede deducir la compensacion; pero sino se obligó á aquella, solo tendrá lugar ésta por el precio que siempre se debe, á ménos que se haya pactado otra cosa. Lo mismo procede en el comprador que reconviene al vendedor de eviccion por la cosa que se le quitó, pues éste podrá oponerle la compensacion del precio de ella que no le pagó.

190 Si el comprador hizo mejoras en la cosa ó finca, se le permite usar por ellas de la retencion de ésta contra el que la ha ganado en juicio, porque ceden en su utilidad y nadie debe lucrarse en detrimento de tercero; bien que en este caso podrá oponerse la compensacion de las mejoras con los frutos percibidos de la finca: lo qual se entiende reduciendo los frutos á cantidad, mas no si exîsten, porque esta no se compensa con la especie.

191 Sin embargo de que la compensacion no se diferencia en el efecto de la paga verdadera, si en el retracto de consanguinidad manda la ley ó estatuto que le permite, que el retrayente pague real y efectivamente en dinero al contado el precio de la finca que retrae, no se le debe admitir la compensacion de su crédito; pero si la ley ó esta-

tuto habla simplemente en quanto al precio, se puede admitir la compensacion por dos razones: la primera, porque ésta equivale á la verdadera paga y satisface á la restitucion del precio; y la segunda, porque el consanguíneo hace las veces del comprador, y éste las del vendedor, al qual se puede objetar la compensacion del precio que pide, como se ha sentado. Lo mismo procede, quando el crédito que se quiere compensar, fué cedido sin fraude al consanguíneo.

192 Para admitir ó no la compensacion debe tener presentes el Juez quatro cosas; á saber: si el débito es ó no compensable, si la obligacion es ó no válida, si la cantidad está ó no líquida, ó se puede liquidar brevemente, y si el que opone la compensacion, tiene ó no facultad para compensar. Ha de hacerla á pedimento de parte y no de oficio, excepto en los casos en que se hace *ipsojure*, en los quales debe declararla hecha total ó parcialmente, segun sea el débito y lo que pretende compensarse. Si el demandado la deduce de mayor cantidad que la que le pide el demandante, ha de hacerla tan solo hasta la cantidad competente y no condenar á éste en el exceso, á ménos que sobre él sea reconvenido por aquel, pues la recompensacion no es propiamente reconvencion, y así no recae en ella la próroga de jurisdiccion que en ésta. Y sin embargo de que segun derecho no se debe admitir la paga que el deudor quiere hacer de parte de la deuda contra la voluntad de su acreedor, por ser contra equidad que experimente incomodidad y detrimento quien hizo beneficio; no milita esto en la compensacion, porque ésta no es paga de presente, sino paga que ya está hecha y admitida por el acreedor espontáneamente.

193 No tiene lugar la compensacion en el depósito, consista en especie, ó en cosa numerada, medida ó pesada, y así el depositario debe restituir las depositadas en él, y luego podrá usar de su derecho contra el depositante sobre la cobranza de su crédito (*a*): ya porque se violaria la confianza y buena fé que debe haber en este contrato impidiendo la compensacion la restitucion del depósito que sin excepcion se debe hacer incontinente; y ya porque la compensacion no se admite acerca de lo que se debe no pagar sino restituir, y el depósito debe ser restituido. Esto procede, aunque el dinero se deposite como cantidad, pues no varia la naturaleza del depósito: aunque éste sea irregular, es decir, que se constituya en términos que el

(*a*) Ley 27 tit. 14 P. 5.

depositario pueda usar de él y se le transfiera su dominio: aunque sea confesado, porque con la confesion se aprueba la verdadera entrega á ménos que se acredite que ésta no se hizo ó que hubo fraude: aunque el depósito se deba por ámbas partes; y aunque provenga de contrato anterior, como si uno debe ciento por razon de mútuo que con beneplácito del acreedor quedáron depositados en el mutuario; pues donde no falta lo substancial de la obligacion, el débito que proviene de una causa, se puede convertir indirectamente en otra; y así no se debe admitir la compensacion contra el depositador ni contra sus herederos, porque éstos le representan, y por la muerte de aquel no se muda la naturaleza del contrato.

194 Tampoco tiene lugar la compensacion en el comodato, como que se hace de especie que se presta para usarse y se debe restituir, y no otra por ella, á no ser que por deterioracion de la cosa prestada se trate de su estimacion, porque ésta no se reputa especie sino cantidad. Mas sin embargo puede el comodatario retener la cosa por las expensas hechas en ella hasta que se le paguen.

195 Con los créditos pertenecientes al fisco por razon de alcabalas y otros pechos, derechos y contribuciones Reales, sean personales, prediales, ó de otra clase, no se admite compensacion á su deudor (*a*): lo qual se amplía al arrendador de las rentas de diversas provincias ó ramos, pues lo que anticipa por el arrendamiento de una, no le sirve de pago para la otra, porque de permitirse esta aplicacion se confundirian los oficios en perjuicio de los oficiales y administraciones, excepto que haya costumbre contraria. Lo mismo se debe practicar con el administrador de bienes de qualquiera persona executado por el alcance de una administracion, y así no se le admitirá compensacion de lo que resulte á su favor en otra administracion de la misma persona; pero si es una sola la administracion, se le debe admitir de todas las partidas líquidas así en la cuenta como en la execucion. Igualmente se amplía á la exâccion del precio que el fisco pide de la cosa que vendió y no se le pagó, pues no se debe compensar con lo que debe por otra causa al comprador. Asimismo se amplía á las penas impuestas á los reos por la utilidad pública, para que los delitos no queden impunes, aunque no, á las que se aplican á la parte ofendida. Finalmente se amplía á lo que debe á otro que al compensante, excepto que aquel obtenga cesion de éste contra el fisco.

(*a*) Ley 26 tit. 14 P. 5.

196 Tampoco admite compensacion lo que se debe á la república ó comun de algun concejo ó pueblo por razon de censo ó portazgos, ó siempre que trata de pagar al Rey sus contribuciones, ó de exîgir repartimientos para reedificar muros, construir puentes ó fuentes, comprar armas, dar raciones á los soldados, ú otros que están en el Real servicio ó en el del mismo comun. Lo propio milita, quando uno nombra á otro por su heredero con la condicion de que despues de sus dias pase la herencia á la Real Cámara ó á dicho comun; ó le dá en confianza dinero ú otra cosa cierta para que se la entregue (*a*). Y así en todos los casos expresados y otros semejantes debe pagar al fisco y á la república ante todas cosas lo que les debe, porque de lo privado no se admite compensacion con lo público, y luego podrá usar de su derecho contra ellos por su crédito.

197 Sobre si al demandado por los alimentos que está obligado á dar, deberá admitirse la compensacion, se ha de distinguir: si la demanda se ha puesto por los futuros, no es admisible, porque éstos no sufren dilacion, á no ser que se deban baxo de condicion, v. gr. de que el alimentario ha de practicar ciertas cosas, pues hasta que las execute se le puede oponer la compensacion, porque segun la naturaleza del contrato que es recíprocamente obligatorio, no se dá accion á una parte contra la otra, miéntras ésta no cumple lo que debe. Pero los alimentos pasados son compensables, porque socorrido ya el alimentario cesa la razon de indigencia y no gozan aquellos de los privilegios que los futuros, en cuya atencion no solo puede el reconvenido oponer la compensacion por lo que le debe el que los pide, sino tambien por lo que éste debió hacer y no hizo, y se admitirá á prorata. En órden á las pensiones que se dán por via de alimentos, se debe observar lo dicho acerca de los futuros, porque hay la misma razon.

198 Como para la execucion de alguna obra ó hecho se consideran la industria de la persona electa y el lugar en que se debe executar, no se ha de admitir la compensacion del hecho, ni la del executado en otro lugar que en el convenido, aunque un tercero, v. gr. el fiador cumpla por el prometedor, porque el cumplimiento para dicho efecto debe ser personal; y lo propio milita de un hecho con otro hecho. Pero si se trata del interes por no haber cumplido la obligacion, ó por no haberle hecho en el lugar destinado ó del modo

(*a*) Dicha ley 26 tit. 14 P. 5.

estipulado, tendrá lugar la compensacion con el crédito del reconvenido por el interes, porque ya se hace de cantidad á cantidad y no de cantidad á especie. Lo mismo procede, quando por ámbas partes consiste el débito en la obligacion del hecho, ó el de la una solamente, y el de la otra en cantidad, y por su mútuo consentimiento ó por otro motivo se convierte el hecho en interes.

199 Si se trata ó intenta compensar el crédito con las obras ó servicios que alguno hace, aunque parece que éstas se consideran como especie, y la especie ni con otra ni con la cantidad se compensa; se compensarán sin embargo, porque quien ha de recibir las obras ó servicios, no las pide, sino su estimacion, y así se trata de cantidad como con el alimentario. Lo propio milita, quando el débito de ámbas partes consiste en las obras, si hay similitud en ellas, de suerte que sea igual su estimacion.

200 No solo en los débitos y acciones ha lugar á la compensacion sino tambien en los delitos é injurias de una misma especie y no de diversa, quando se trata de ellos civilmente por el interes de la parte, mas no, quando se intenta la accion criminal, porque en este caso quedarian impunes, y en perjuicio del público no se admite compensacion. Y aun en dicho caso no se debe admitir al que por delito que cometió contra alguno, fué condenado judicialmente á pagarle la pena que se le impuso (*a*). Tambien se admite la compensacion del dolo malo con otro igual dolo cometido acerca de un mismo hecho, ó si es diverso, con tal que aquel mire á un propio fin. Lo mismo procede en la culpa lata que se equipara al dolo, con otra igual, y en la leve y levísima con las que lo sean. Pero el dolo no se compensa con la culpa, ni la lata ó grave con la leve, ni ésta con la levísima (*b*).

201 Por no deducir la compensacion de su crédito el deudor de alguno, no es visto confesar que se le ha satisfecho, porque respecto de él es puramente voluntaria; mediante á que no se puede compeler á nadie á que use del privilegio que le está concedido, sino quiere, y así le queda salvo su derecho para repetir el crédito; bien que si sabiendo que puede compensar, paga no por error de hecho sino de derecho, pierde el beneficio de la compensacion, así como quien paga lo que sabe no debe, no puede exîgirlo, excepto que sea menor; (*c*) aunque al que paga, dudando si es deudor ó no, si prueba que

(*a*) Ley 27 tit. 14 P. 5. (*b*) Leyes 13 tit. 10 y 23 tit. 14 P. 5. (*c*) Ley 30 tit. 14 P. 5.

no lo es, le debe restituir su presunto acreedor lo que recibió, porque quien duda se equipara al ignorante. (*a*) (*)

202 Para impedir la execucion se admite tambien por excepcion legítima en la via executiva la transaccion hecha ante Juez ó Escribano público, lo qual impide sentenciar la causa de remate, acreditándose en bastante forma en los diez dias de la ley. Pero aunque en virtud de ella se puede despachar execucion, segun la ley 4 tit. 21 lib. 4 R. no perjudica, ni se debe extender á otra persona fuera de aquella con quien se hace ú otorga, como ni tampoco el pacto; ni aun á las que tienen derecho connexô; y así la execucion se debe pedir por el mismo acreedor mencionado en el instrumento de transaccion y no por otro, aunque intervenga en ella, y contra el deudor principal y no contra un tercero.

203 La *novacion de contrato* (segun se llama, porque produce nuevos efectos y nueva accion) es translacion ó conversion del primer débito y obligacion en otra nueva sin intervencion de nueva persona; de suerte, que la primera queda extincta, se disuelven la hipoteca y prenda afectas á ella, y cesan ó dexan de correr los intereses pactados, estando hecha legítimamente, por lo que se puede oponer como excepcion en la via executiva, é impedirá su curso, si se acredita en forma en el término de la ley; (*b*) bien que si en el segundo contrato se pone la cláusula; „De que no sea visto innovarse el dia é hipoteca de la primera obligacion, ni su prerogativa,„ no se enerva ni debilita el primero.

204 Para que se entienda hecha la novacion, es preciso que las partes lo expresen claramente, y así porque uno se obligue dos veces á una misma cosa, no es visto apartarse del primer contrato ó violarle, ni mudar su causa, sino corroborarle mas añadiendo obligacion á obligacion; pues la pluralidad de actos ó instrumentos no induce la de contratos, quando las cosas esenciales y substanciales son las mismas; y si la obligacion segunda es contraria á la primera aunque

(*a*) Dicha ley 30 verb. E otrosí

(*) Puesto que como se dixo al principio, la compensacion se introduxo por equidad, y para evitar pleytos y rodeos superfluos, soy de parecer que los Jueces deben admitirla, siempre que no se viole ninguna de las pocas leyes nuestras que hablan de ella, ni haya ningun motivo poderoso que se oponga á su admision. Por tanto, yo la admitiria en varios casos que la rehusa Febrero, no apoyado en buenas razones ni en la utilidad de los litigantes sino en el derecho romano y sus intérpretes.

(*b*) Ley 15 tit. 14 P. 5.

ámbas subsisten, puede el acreedor usar de la que quiera, de modo que por la eleccion de la una quede libre el deudor de la otra.

205 En conseqüencia de lo expuesto no se hace novedad por la intervencion de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte expresamente, y ántes bien se ha de interpretar de suerte que se excluya, con especialidad si la obligacion segunda contiene menor cantidad, es mas nociva al acreedor, y los actos son compatibles entre sí, pues no se presume que éste quiso novar en su perjuicio. Tampoco se hace, quando la obligacion segunda se constituye por cautela y mayor seguridad: ni en la accion de dote, porque ésta es privilegiada entre otros acreedores que acerca de ella no se puede hacer novacion ni delegacion en su detrimento, ni en el del marido y muger á quien compete: ni por la mutacion de la finca hipotecada ó acensuada, pues permanece la obligacion primera y no quedan libres los fiadores que haya: ni por la estipulacion inútil, porque de ella no se origina nueva obligacion, y así no es visto haberse apartado de la primera: ni por el segundo contrato írrito, nulo ó recindido, mediante á que aunque por él conste expresamente la novacion, no extingue la obligacion primera; pues lo que por derecho no surte efecto, no causa impedimento: ni por la modificacion del contrato, porque está lejos de acreditar su extincion supone su exîstencia; ni por la próroga del término pactado para la paga no estipulando obligacion nueva: ni aunque el fiador, siendo preguntado, preste su consentimiento, si falta el del acreedor: ni por la dacion en pago de algun vale, crédito, libranza ú otra cosa, para que el acreedor se reintegre del suyo, si se puso la cláusula ó protesta de que no se habia de innovar en los derechos de la primera obligacion; hipoteca y fiadores, ú otra semejante; pues en este caso es visto no haber tomado á su riesgo el acreedor la deuda ó cosa cedida; y lo mismo procede, quando el acreedor la acepta con la condiccion de que sea efectiva y exêquible, porque en estos casos no recibe en sí el peligro de su cobranza, y queda en su fuerza la deuda y obligacion primera para repetir contra su deudor por ella. Finalmente no se hace tampoco novacion en otros contratos, aunque se innoven, si por su incompatibilidad no pueden surtir efecto ni perjudicar al primero.

206 Mas sin embargo se induce la novacion en los casos siguientes. El primero es, por la intervencion de nueva persona, como quando se delega el crédito; y el acreedor acepta la delegacion, pues á ella se sigue la liberacion del deudor delegante lo qual se entiende en

los términos que se dirá despues: el segundo, por la adicion ó imposicion de nueva pena ó remision de la puesta en el primer contrato: el tercero, quando el hecho ó pacto segundo es diverso del primero, ó en la obligacion segunda se prefine mayor término para la paga: el quarto, quando se calculáron y reduxéron á un computo todas las partidas del libro, y el deudor hizo á favor del acreedor un resguardo reduciéndolas á cantidad ó partida menor: el quinto, quando el primer acto ó contrato era imperfecto y el segundo es perfecto: el sexto, quando se altera la naturaleza del negocio en las cosas substanciales, como si se añade ó disminuye el precio, ó si el pacto segundo es diverso del primero respecto de la cantidad y modo de satisfacerla: el séptimo, quando el acreedor recibió parte de su crédito del que aceptó la letra ó libranza, y acerca del residuo le fió, ó concedió plazo, ó trató con él sobre el modo y tiempo de pagársele: el octavo, quando la cosa arrendada se subarrendó ó enagenó á otro, pues el fiador del primer arrendador queda libre de su obligacion: el noveno, quando acerca de la solucion de la pension se variáron los pactos primeros, como si éstos fuéron de pagar en grano y los segundos en dinero, ó al contrario, en cuyo caso queda libre tambien el fiador: el décimo, quando concluido el arrendamiento continua tácitamente en el arrendador, pues en quanto á este segundo quedan libres los fiadores dados para el primero, excepto que presten nuevo consentimiento: el undécimo, quando el contrato finalizado se renovó tácita ó expresamente, pues entónces debe proceder en virtud de éste y no del primero el acreedor, sino es que en él se diga: ,, que quedan salvas las prerogativas del primero, y del dia é hipotecas, y que no se entiendan renovadas: ,, porque aunque el contrato se haya novado, subsiste todo lo dicho como si no se hubiese hecho; y el duodécimo, quando los contratos son incompatibles, perplexos y contrarios, pues se presume novacion, excepto que se hubiese puesto la cláusula, *sin perjuicio de los primeros derechos*, ó que el segundo contrato sea nulo, ó quando no aparece el consentimiento del acreedor, en cuyos tres casos no se induce.

207 *La delegacion es dar el deudor en su lugar á su acreedor, ó á quien éste quiera, otro deudor, del qual exija su crédito, ó novacion hecha con intervencion precisa de nueva persona.* (a) No se hace novacion por ella, á ménos que concurran cinco requisitos: el primero, que con-

(a) Ley 15 tit. 14 P. 5 verb. E aun decimos.

siénta el acreedor, porque contra su voluntad ninguno puede delegar en otro sus veces; ni el acreedor está obligado á mudar su deudor, aunque el que le ofrezcan, sea mas idóneo: el segundo, que consienta el deudor delegado: el tercero, que no solo consienta éste, sino que se obligue expresamente á favor del acreedor: el quarto, que constituya la obligacion y promesa por mandato del delegante; y el quinto, que el obligado delegado sea deudor del delegante, (bien que lo mismo es si de su espontánea voluntad quiere obligarse, aunque no lo sea, que en nuestro castellano antiguo se llamaba *manero*, y en latin se llama *expromisor*) y aquel á cuyo favor se constituye la obligacion, sea acreedor de éste. (*a*)

208 De lo expuesto se infiere que por la delegacion no se hace novacion, á ménos que se exprese, ó que haya contestacion del pleyto entre el cesionario y el deudor, ó por haberle empezado éste á pagar la deuda, notificándole la cesion y aceptándola; en cuyos casos queda libre el delegante ó cedente, y no puede pedir execucion contra su deudor, ni revocar la cesion, ni al cesionario la facultad de exîgir el débito; y así en estos casos se debe limitar la ley 15 tit. 14 P. 5 posterior á la 3 Cod. de Novationib. porque la ley nueva que habla generalmente, no corrige los especiales de la antigua. (*) Y si el cesionario es negligente en exîgir el débito, es de su cuenta el riesgo que haya en su cobranza, sin que tenga recurso contra el deudor que se le cedió, pues quedó libre de su pagamento por la cesion: (*b*) por lo que si el deudor da á su acreedor otro deudor en su lugar, con pacto de que él ha de quedar libre de la deuda, y el delegado le acepta, impedirá esta excepcion el curso de la via executiva; y aunque el deudor delegado se contituya insolvente, no tendrá repeticion el acreedor contra el delegante ó primer obligado; pero si nada se pacta, ámbos serán responsables; bien que pagando el uno quedan libres los dos para con él porque la deuda es una, y como tal solo una vez se debe cobrar y pagar. Tambien se infiere que si el deudor puro delega con condicion á otro deudor en su lugar con ánimo de novar el contrato, se hace la novacion por esta delegacion; mas no cumpliéndose la condicion ó estando pendiente, si el delegado muda su estado, de tal suerte que no puede estar en juicio, v. gr. por haberse hecho siervo ó Religioso, ó vuelto loco ó mente-

(*a*) Leyes 2 y 15 tit. 14 P. 5.
(*) Si esta es ley, y la 3 cit. no lo es entre nosotros.
(*b*) Ley 15 tit 14 P. 5.

cato, ó sido deportado; no se desata la obligacion primera, y por lo mismo, aunque se verifique la condiccion, no hay novacion ni el delegado queda obligado. (*a*) Y finalmente se infiere que si en la segunda obligacion interviniesen fiadores, no se libertan los de la primera, excepto que se exprese, por cuya razon no se extingue la prerogativa de la primera, y ántes bien se debe observar; ni tampoco se libertan, aunque en la segunda se prorogue el término de la primera.

209 Si estando uno obligado baxo de condicion á pagar á otro cierta cantidad, ó á hacerle alguna cosa, renovare puramente otro tercero esta obligacion, no vale la novacion no cumpliéndose la condicion, á ménos que el segundo diga expresamente que, cúmplase ó no, quiere quedar obligado, y que el primero no lo quede. (*b*)

210 No puede hacer novacion la muger, porque es especie de fianza, la qual le está prohibida, y por lo mismo solo quedará obligada en los casos expresados en la I. P. (*c*) la podrá revocar, y revocándola queda firme el primer contrato; (*d*) y aunque el acreedor exîma á la muger de la obligacion agena que constituyó y recibió en sí con ánimo de novar la primera, y liberta al deudor principal y verdadero, no quedará libre éste. Tampoco puede hacer novacion el menor de 14 años sin otorgamiento de su curador, y si lo hiciere, á nada quedará obligado, ni el primer deudor, por lo que perderá su débito el acreedor. (*e*)

211 Se admite tambien en la via executiva la excepcion de *nulidad* del contrato, sentencia ó instrumento en cuya virtud se pidió la execucion, porque el que es nulo, no debe executarse, sea por falta de facultad del que le otorgó, ó de la solemnidad prevenida por la ley, ó por otra causa; entendiéndose ésto, aunque la nulidad se oponga por incidencia; por manera que constando notoriamente en el mismo instrumento ó en el proceso executivo, basta alegarla como de derecho, y el Juez puede repeler de oficio al actor; ó aunque no conste, si se prueba dentro de los diez dias, impide sentenciar la causa de remate; pero no pudiendo probarse en ellos, porque requiere exámen y conocimiento mas prolixo, se ha de llevar á debido efecto la execucion.

212 Otra excepcion de las que se pueden oponer en la via executiva, es la *simulacion* de contrato, y especificándose con claridad y justificándose en los diez dias de la ley, impedirá sentenciar la causa

(*a*) Ley 15 cit. (*b*) Ley 16 tit. 14 P. 5. (*c*) Cap. 29 n. 3. (*d*) Ley 17 tit 14 P. 5. (*e*) Ley 18 tit. 15 P. 5.

de remate, porque el simulado y hecho en fraude de la ley, es nulo. La simulacion se comete de dos modos. El primero es, quando los contrayentes pactan que han de celebrar tal contrato, pero que ha de sonar y aparecer otro. Por exemplo, Pedro pide á Juan que le preste cierta cantidad, ofreciéndole hipotecar á su seguridad tal finca fructífera, y Juan le responde que se la prestará, pero que mientras no se la pague, le ha de dexar percibir los frutos de ésta; y para que no suene usura, ni se le obligue en juicio á compensar aquellos con la cantidad principal, como debe hacerlo, ha de otorgar á su favor escritura de venta de la misma cosa: en cuyo caso el que alega y excepciona esta simulacion, debe probar no solo que su ánimo fué celebrar el contrato pignoraticio, no otro, y que así se pactó entre los dos, sino que por los motivos expuestos y estimulado de la urgencia que tenia, convino en que se fingiese el de venta; como asimismo que éste se formalizó incontinente sin haberse estipulado otra cosa, ni por consiguiente recedido del primer covenio. Y el segundo modo que se comete la simulacion, es quando se finge un contrato que real y verdaderamente no hay, porque el ánimo de los contrayentes es no celebrarle, y sí únicamente por sus fines particulares que suene celebrado. En estos casos, aunque el perjudicado manifiesta su delito de haber tenido parte en la simulacion, puede alegarla no para fundar su intencion sino para coadyuvarla contra el cómplice ó partícipe, porque trata de evitar su daño y éste de lucrarse en su detrimento. Lo mismo puede hacer su heredero, con tal que el contrato no sea en fraude del fisco ó de otro tercero. Pero si el executado confiesa que tuvo ánimo de quedar obligado, y ámbos contrayentes fingieron un contrato por otro, no se debe admitir la excepcion de simulacion.

213 La excepcion de que el instrumento en cuya virtud se pide executivamente, *no contiene la causa de deber*, impide tambien la execcion, aunque el obligado jure el contrato; pues para estimarse que uno queda obligado por pacto ó promesa, se requiere expresion de la causa de la obligacion: lo qual procede hasta en la confesion de la deuda sin causa, como se prueba de la ley fin tit. 13 P. 3. „Otrosí decimos, que si algunos conocen fuera de juicio, que deben dar diez maravedis, ó otra cosa á otri, é non dicen señalada razon, porque deben dar aquello que conocen, tal conocimiento como éste non empece (*perjudica*) á los que los facen, nin son tenudos de pagar aquella debda, si non quisieren. Fueras ende, si aquel á quien

ficieron la conocencia, probare guisada (*justa*) razon, porque ge lo debian dar.,, Y si la obligacion proviene de mercaderías, éstas y su precio deben especificarse por menor, de modo que se entienda qué es lo que se vende y la cantidad que se da por ello (*a*)

214 Y aunque la ley 2 tit. 16 lib. 5 R. ó 1 tit. 1 lib. 10 N. R. posterior á la de Partida inserta manda que en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, quede obligado á cumplir lo que prometió, sin embargo de que no intervenga *estipulacion* (que es promesa y aceptacion verbal) no es visto haber quitado por esto lo substancial de la obligacion sino la fórmula ó solemnidad de palabras que prescribia el derecho comun, sin las quales no nacia accion; por cuya razon y por otras careciendo la obligacion de la justa causa de deber y no probándola el executante, parece no nacerá accion para pedir, é impedirá el curso de la execucion la excepcion del dólo malo; pero Parladorio dice que no es necesaria la causa; si bien los mas AA. siguen la opinion que he sentado. (*) Lo mismo digo, quando es falsa y supuesta la causa de deber, como lo he visto estimar en juicio.

215 La usucapcion ó prescripcion es una adquisicion de dominio ó algun otro derecho por la posesion ó transcurso del tiempo prefinido de la ley. Se introduxo ya para que el dominio de las cosas no estuviese mucho tiempo ó casi siempre incierto en perjuicio del público: ya para evitar los innumerables y perpetuos litigios que de lo contrario podian originarse: ya para que los poseedores no estuviesen siempre con el temor de que les quitarian lo que disfrutaban con buena fé; y para castigar la desidia de los que eran morosos en recuperar sus bienes: por lo que deben imputarse á sí mismos la pérdida de ello.

216 Pero hablando de la prescripcion que hace á mi propósito, diré que segun la ley 63 de Toro que es la 6 tit. 25 lib. 4 R. y se insertó y explicó en la I. P. (*b*) el derecho y accion de executar por obligacion personal prescribe por diez años, no pactando lo contrario los contrayentes en el instrumento, pues si lo pactan, parece que

(*a*) Ley 4 tit. 11 lib. 5 R. ó 2 tit. 12 lib. 10 N. R.

(*) Solo el prurito de sutilizar, de controvertirlo y de confundirlo todo, como asimismo de recurrir á las leyes muchas veces obscuras de los Romanos para interpretar las nuestras ha podido hacer que se dude sobre si para la validacion de un contrato es necesario que se exprese en éste la causa de deber despues de la citada ley 2, y así ademas de Parladorio, Pichardo, y Ayllon otros varios AA. afirman con razon que no es menester expresar dicha causa en los pactos.

(*b*) Cap. 28. nn. 15 y 16.

no correrá la prescripcion pendiente la dilacion conveecional: que podrán renunciar dicha ley los deudores, por haberse establecido en su beneficio, y no haber prohibicion de que se renuncie: que de consiguiente en este caso no habrá prescripcion y en qualquier tiempo se les podrá executar; y que lo mismo procederá, si la escritura de obligacion contiene la cláusula „de que ántes de cumplirse cada diez años ha de ser visto revocarse el contrato, como si entónces se formalizara, y que nunca ha de haber prescripcion del derecho de executar, sino ántes bien poder el acreedor usar de él en qualquier tiempo, á cuyo fin renuncia el deudor la ley 63 de Toro y demás que tratan de las prescripciones para no aprovecharse de su auxîlio.„ Mas nunca he vestido practicar lo dicho sino lo contrario en los censos, en que se suele poner ésta cláusula.

217 Milita y procede lo dicho, tenga buena ó mala fe el deudor, porque aunque en toda prescripcion se requiere regularmente la buena de aquel, en la del derecho executivo no es precisa, aun quando se haya dado sentencia que le constituya en la mala, porque no se quita el acreedor el dominio de la cosa, ni la accion que le compete para cobrar su crédito, sino el rigor de la via executiva, castigando la negligencia y omision que tuvo en dexar pasar los diez años sin usar de su derecho, de suerte que le queda la via ordinaria para pedir en ella la solucion de lo que se le debe, y así corre la prescripcion no solo contra los legos sino tambien contra las iglesias y personas eclesiásticas. (*a*)

218 No se admite la prescripcion contra los hijos de familia, mientras están baxo del dominio paternal, excepto en los casos en que pueden comparecer en juicio sin licencia de su padre, y compelerle á que se la dé: ni contra la muger casada para recuperar su dote y arras, sino es que sabiendo se la disipa su marido, sea morosa en usar de su derecho, aunque sí por sus bienes parafernales, pues para pedirlos puede hacer que el Juez apremie á su marido á que le dé la licencia: (*b*) ni contra los menores de 25 años, ínterin lo son, á ménos que sean sucesores de algun mayor, contra el qual haya empezado á correr; bien que pueden ser restituidos pidiendo restitucion de la menoría dentro de los quatro años siguientes al dia en que espiró. Lo propio milita en el Rey, iglesias, concejos y comunidades, pretendiéndola dentro de los quatro siguientes á su cumplimiento, (*c*)

(*a*) Cap 2, 3, 4 y 6 de Præscription (*b*) Ley 8 tit. 29 P. 3. (*c*) Ley 9 tit. 19 P. 6.

y en el ocupado en servicio del Rey, concejo, escuelas, cautiverio ó en otra cosa semejante, pues ha de ser restituido del tiempo de esta prescripcion, pidiendo la restitucion dentro de los quatro despues que cesó su ocupacion, y su heredero dentro de los quatro siguientes al dia en que supo haber fallecido en ella. (*a*)

219 Dicha prescripcion tiene lugar, sea de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ó de executoria dada por tribunal superior, ó de instrumento público, puro, condicional, ó á dia cierto de pagar una sola cantidad, contados los diez años en esta forma: de la *sentencia* desde el dia en que se declaró por pasada en autoridad de cosa juzgada: de la *executoria* desde el en que se dió: del *instrumento puro* desde el de su otorgamiento: y del *condicional ó á dia cierto*, desde el en que se cumplió el plazo ó verificó la condicion, porque desde los expresados tiempos compete la accion al acreedor para pedir executivamente, y tiene obligacion de pagar el deudor baxo la pena de ser executado no lo haciendo.

220 Pero si el instrumento es de censo ó de satisfacer en su virtud legado, réditos ó pensiones anuales, prescribe el derecho de pedir executivamente los caidos pasado el término de los 10 años, y así es preciso recurra el acreedor á la via ordinaria para su execucion; pues como todos los años nace la obligacion de pagarlos, nace igualmente la accion executiva de pedirlos, por ser tantas las obligaciones de satisfacerlos como los años, y no poder haber prescripcion de lo que no ha tenido ser: lo qual no sucede en los demas instrumentos en que hay una sola obligacion, y por consiguiente una accion de pedir executiva y ordinariamente segun el tiempo. Por tanto, en las obligaciones anuales, provengan de contrato ó disposicion última, no se debe computar el tiempo de la prescripcion desde el principio en que se constituyéron, sino desde el de qualquier año, como se observa inconcusamente en los tribunales, no obstante el sentir de algunos AA. que afirman que en estos contratos si el acreedor dexa pasar los diez años, pierde el derecho de pedir executivamente no solo las pensiones caidas en ellos sino tambien las sucesivas, pues no hay ley Real que tal diga, y por lo mismo no se hace aprecio de su dictámen.

221 Sobre si en los chirógrafos ó papeles simples se han de contar los 10 años desde su fecha, ó desde su conocimiento judicial, están diametralmente opuestos los AA. Gutierrez y Vela defienden que

(*a*) Leyes 7 tit. 29 P. 3 y 10 tit. 19 P. 6.

los 10 años empiezan á correr desde el dia en que el deudor reconoce el vale, y no ántes, porque hasta entónces no nace la accion de pedir executivamente, y donde no hay accion executiva, mal puede hacerse uso de ella, ni haber prescripcion. Larrea, Acevedo y otros afirman que se deben contar los 10 años desde el dia en que se hizo el vale ó papel, al qual se retrotrae el del reconocimiento, porque desde aquel se halla obligado el deudor, y pasados solo podrá el acreedor usar de la via ordinaria. Mas procurando Olea conciliar ámbos pareceres es de sentir que pidiéndose y haciéndose el reconocimiento dentro de los 10 años empiezan á correr y contarse éstos desde él, puesto que el acreedor no fué moroso, por haber preparado en tiempo hábil la via executiva: y así como quando el que tiene vale de otro, y hace que éste le otorgue de su importe escritura pública dentro de los 10 años renovando la obligacion, ó dando fianza ó prenda, empiezan á contarse éstos desde la fecha de ella, y á correr la prescripcion segun derecho (a); así tambien el reconocimiento del vale hace que tenga vigor y autoridad de instrumento público. Y si el deudor reconoce el vale pasados los 10 años de haberse hecho, distinguiendo, afirma por corriente en la práctica que aunque reconozca simplemente el papel, si niega la deuda, y jura estar pagada, no tiene lugar la via executiva, porque el reconocimiento que hace del papel, y por consiguiente de la obligacion constituida en él, es con su causa, y se presume pagada la deuda por haber mediado tanto tiempo, en cuya atencion es preciso que el acreedor recurra á la via ordinaria. Pero si le reconoce y al mismo tiempo confiesa el débito, lo qual ha de pedir el acreedor cauto, se le debe executar en virtud de la confesion pura, sea por el todo si nada pagó, ó por el resto que esté sin satisfacer, á cuyo dictámen me inclino: porque aunque el vale y la accion para pedir executivamente en virtud de él se hallen prescriptos, no lo están el débito ni la confesion de él, y así en virtud de ésta, como que es del dia, se debe expedir el mandamiento executivo, del mismo modo que si la hiciera sin haber vale, pues en qualquiera tiempo que se haga, trae aparejada execucion, lo qual he visto practicar como legal y justo.

222 No procede lo dicho en el fiador que habiendo sido executado, y pagado por el deudor principal, intenta contra éste la via executiva con el lasto del acreedor, pues no corren para con él los 10

(a) Ley 29 tit. 21 P. 3.

años desde que el obligado principal contraxo la deuda ó reconoció el vale, sino desde que el acreedor le cedió sus acciones: ya porque estuvo imposibilitado de pedir, y al impedido no corre término ni prescripcion, y ya porque se interrumpió la prescripcion de los primeros 10 años, por haber pedido la execucion el acreedor (*).

223 Hay notable diferencia entre la interrupcion y la perpetuacion de la accion. La primera no es otra cosa que un obstáculo ó impedimento que hace cesar el curso de la prescripcion incoada, y para que haya despues prescripcion, es preciso que empiece á correr de nuevo. En la via executiva se interrumpe por siete actos. El primero es por la comparecencia del actor en juicio pidiendo la execucion dentro de los 10 años y despachándola el Juez, aunque no se encuentren bienes del deudor en que trabarla, ó éste no quiera contestar la demanda; y por su citacion ó quasi citacion que tiene fuerza de contestacion, y no lo uno sino lo otro segun la mas segura opinion, aun quando la execucion se hubiese despachado y seguido mal; pues este defecto del Juez ignorante no debe perjudicar al actor, á quien basta haber ocurrido en tiempo hábil á pedir judicialmente, para que se interrumpa la prescripcion. El segundo es por la captura del reo, que es citacion real. El tercero es por oponerse á la execucion ó proponer sus excepciones en el juicio, pues tanto obra en éste su comparecencia como la citacion. El quarto, por haber satisfecho dentro de los 10 años parte del débito, (conste el pago en su respaldo ó por otro medio) ó algunos intereses por retardacion de la suerte principal (a); bien que en este caso, si el deudor le niega y opone esta excepcion, aunque el acreedor muestre carta de pago hecha dentro del término de la prescripcion, de lo que dice cobró de él á cuenta, ó por intereses, no será bastante para interrumpirla, excepto que el mismo deu-

(*) Para probár que los 10 años que competen al fiador para executar al deudor cuyo débito satisfizo, no deben empezar á correr desde que éste se contraxo, sino desde que el fiador le pagó y le dió lasto al acreedor, son superfluas, ó por mejor decir, no vienen al caso las dos razones que siguiendo á Parladorio trae Febrero. La verdadera razon consiste en que hasta que el fiador paga al acreedor, no es el deudor deudor del fiador, y asi hasta dicho tiempo no pueden principiar á correr los 10 años en que éste podrá proceder executivamente contra aquel. El crédito del acreedor es diverso del crédito del fiador, aunque sea de igual cantidad, y el primero se acaba al comenzar el segundo, por cuyo motivo es una crasa equivocacion confundir el tiempo de executar por el uno, con el tiempo de executar por el otro.

(a) Dich. ley 29 tit. 29 P. 3.

dor firme igualmente la carta de pago, ó el acreedor á quien incumbe la prueba como fundamento de su intencion que se afianza en afirmativa probable, lo justifique por otro medio. El quinto es por haber dado fianza ó hipoteca al acreedor para su seguridad. El sexto, por haber renovado espontáneamente la obligacion sin coartarla. Y el séptimo caso es, por haberle pedido su acreedor la deuda delante de amigos ó mediadores. Por estos siete actos se interrumpe la prescripcion y empieza á correr de nuevo desde el dia en que se celebró qualquiera de ellos (*a*).

224 La accion executiva se perpetúa hasta 40 años por oponerse ú objetar sus excepciones el reo, ó por su contumacia, que se reputa contestacion del pleyto, pues la ley 63 de Toro no ha prohibido ó derogado dicha perpetuacion (*b*).

225 De todo lo dicho se infiere que si el acreedor pide la execucion pasados los 10 años, no se debe despachar sino ántes bien dar traslado simple al deudor como de una demanda ordinaria, y por lo mismo para conseguir judicialmente el cobro de su crédito es necesario la via ordinaria que dura 20 años, contados unos y otros segun se dixo en la I. P. (*c*) excepto para con los criados de servicio, boticarios, joyeros, especieros, Abogados, Procuradores, Agentes de negocios y otras personas, pues á éstos se conceden solamente 3 años para pedir executivamente lo que se les debe, como se dixo asimismo en la I. P. (*d*).

226 Si el actor pide la execucion dentro de los 10 años por los créditos de un censo vencidos en su intermedio, cita al reo, éste se opone excepcionando contra la legitimidad del crédito, y de consiguiente contra el instrumento en virtud del qual se expidió, convirtiéndose por esta causa la via executiva en ordinaria; y por sentencia dada en ésta y executoriada se declara legítimo y válido el instrumento, mandándoseles que pague; podrá despacharse la execucion no solo por los caidos en los 10 años sino tambien por los posteriores hasta la executoria, sin necesidad de seguir otro juicio ordinario: lo primero, porque como el acreedor acudió en tiempo oportuno á usar de su derecho, y no fué moroso, no hubo prescripcion ni se le debe

(*a*) Dich. ley 29. (*b*) Car. Quien quiera saber por qué tiempo se ganan, y pierden las cosas muebles y raices, propias ó agenas, corpóreas ó incorpóreas, vendidas, arrendadas ó empeñadas, y poseidas con buena ó mala fé entre presentes ó ausentes, vea el tit. 29 P. 3. (*c*) Cap. 28 nn. 15, &c. y 18. (*d*) Cap. cit. nn. 20, 21 y 22.

imponer la pena de la ley: lo segundo, porque la sentencia condenatoria movió el óbice que el reo objetó al instrumento executivo, ó por mejor decir, declaró que no la tenia; y lo tercero, porque estuvo impedido de continuar el juicio executivo incoado y de intentar otros en los años sucesivos por la excepcion maliciosa del deudor, y por consiguiente de cobrar los réditos posteriores vencidos en ellos: á cuya conseqüencia aun quando pasen 10 años despues de contestado el juicio hasta su conclusion, debe despacharse la execucion por el importe de todos, pues su mala fé no debe aprovecharle ni ceder en detrimento del actor. Mas para que no se le oponga el reparo de no estar liquidos los réditos, debe ante todas cosas pedir se liquiden con citacion del deudor por el Escribano originario, y aprobada y declarada en cosa juzgada la liquidacion, ha de „renovar y reproducir la accion intentada por el importe de aquellos años, porque pidió la execucion solicitando ampliacion á causa de su imposibilidad, por el de los posteriores.„ En órden á los réditos caidos pendiente la via executiva he visto executoria en esta corte revocando la sentencia de un Alcalde, por la qual habiendo pretendido el executante que la sentencia de remate y mandamiento de pago se ampliasen por su importe, declaró no haber lugar, mandando que el executante pidiese nuevamente por ellos; y el tribunal superior atendida la verdad defirió á la ampliacion.

227 Impide tambien la execucion la excepcion de que el instrumento en cuya virtud se expidió, no es público ni auténtico, ni el original, y que está sacado sin citacion por Escribano ante quien no se otorgó, por lo que se redarguye de falso civilmente; en cuyo caso, hasta que se compruebe con la matriz precedida citacion del reo, no hace fé ni es exêquible, y si el que le produce, no le comprueba dentro del término legal, no podrá sentenciarse la causa de remate (a); bien que si le autorizó aquel ante quien pasó, es lo mismo que si fuera la copia original, y aunque no mande el Juez darle, hará fé en juicio.

228 Si la escritura es censual ú otra en que se hipoteque especialmente alguna finca (pues el hipotecar solamente sus frutos ó réditos mas en consignacion de paga en ellos que hipoteca, como quando es vinculada, y así no hay que registrarla), y el acreedor ántes de entablar el juicio no hizo tomar razon de ella en el oficio de hipotecas

(a) Ley 115 tit. 18 P. 3.

de la cabeza del partido, en donde se halla sita, segun lo disponen la pragmática de 31 de Enero de 1768 y la Real cédula de 10 de Marzo de 1778 que se extiende á las escrituras é hipotecas de donaciones piadosas, no se debe despachar execucion en su virtud ni juzgar por ella, puesto que no hace fé para el efecto de perseguir la finca; y aun quando esté tomada y registrada, si el deudor se halla fuera de la jurisdiccion del Juez executante, y en la requisitoria de execucion no va inserta ó incorporada la nota de estarlo en la escritura original (que es la que se debe registrar, á ménos que se pierda ó destruya, ó por esta razon se saque otra con la solemnidad legal) puede el requerido negarle el cumplimiento, porque no se le hace constar que la escritura es executiva. Pero sin embargo de esto he visto entregar el actor la escritura para tomar la razon, pendiente la execucion, á fin de que al tiempo de sentenciar la causa de remate estuviese subsanado el defecto, por deberse proceder atendida la verdad y no detenerse en sutilezas legales (*); como asimismo he visto postergar á un acreedor hipotecario especial anterior en tiempo, á otro igualmente especial en las propias hipotecas y posterior por haber registrado éste su escritura ántes que el otro. Y porque á veces por la distancia de las fincas y por no tener el acreedor de quien valerse para registrar la escritura ó por otros motivos suele omitir la toma de razon, por cuyo defecto no se puede despachar la execucion contra el deudor, para que por él no se le irrogue detrimento, me parece muy útil que

(*) Con el pretexto de deberse proceder atendida la verdad sin detenerse en sutilezas legales, y de llamar así varias formalidades de las leyes para la mas exâcta observancia de sus disposiciones se pueden violar á cada paso las mismas leyes, como en el caso que refiere Febrero, se violó la citada pragmática de 31 de Enero de 1768, pues en ella se leen estas palabras. »Expresando al fin de ellos (de los instrumentos) que no han de hacer fé contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente para perseguirlas, sin que preceda dicho requisito y toma de razon dentro del término prevenido en la ley con las declaraciones de la Instruccion.„ Así que, no basta para que la hipoteca se entienda constituida y pueda procederse contra ella, que esté tomada su razon al tiempo de entablarse el juicio, ni mucho ménos al tiempo de sentenciarse la causa de remate, sino que se ha de haber tomado precisamente dentro del término prefinido en dicha pragmática: esto es, dentro de los 6 días siguientes al de la fecha de la escritura ó instrumento, si se otorgó en la capital del partido, y dentro de un mes, si fué otorgada en algun pueblo de su distrito ó jurisdiccion. Si las formalidades prescriptas por las leyes son superfluas, no procedió bien el legislador en prescribirlas, y deberian abrogarse: si son útiles, se han de observar en vez de condenarse como sutilezas legales.

en la escritura se ponga esta cláusula: „Y de esta escritura se ha de tomar la razon en la oficina de hipotecas del partido en que se hallan los bienes afectos y gravados especialmente á la responsabilidad de dichos tantos mil reales, ántes de proceder especialmente en su virtud contra ellos, segun lo ordenado por la ley, auto acordado y pragmática expedida últimamente á este fin, dentro del término y baxo la pena que imponen; pero sin embargo de que no esté tomada, quiere el otorgante que no por eso dexe el acreedor de dirigir su accion executiva contra él y contra todos sus bienes en fuerza de la hipoteca y obligacion general: que se trabe la execucion indistintamente en ellos: que se embarguen y vendan á su arbitrio los que le parezca, hasta que se haga efectivo pago del principal, décima y costas; y que miéntras no se tome, se entiendan y estimen obligados generalmente los que lo quedan especialmente, para que este defecto no sirva de obstáculo á la expedicion de la execucion contra todos, pasado que haya sido el plazo; y tomada que sea, no ha de perjudicar la obligacion especial á la general, ni ésta á aquella, y el acreedor ha de usar á su eleccion de ámbas, como le convenga.„ Con esta cautela no hay motivo para dexar de despachar la execucion, porque se queda la obligacion en la clase de hipotecaria general, de la que no es preciso tomar la razon, por no mandarlo la pragmática.

229 Si en el instrumento no se señala plazo para la paga, puede el acreedor reconvenir al deudor 10 dias despues de otorgado (*a*), excepto que por la expresion de la causa del préstamo se colija otra cosa de la intencion del prestador y mutuario, como si fué hecho para cierto uso; pues en este caso, aunque el instrumento sea puro, no puede al acreedor pedir su dinero ántes que se cumpla el plazo ó verifique el uso.

230 Se admiten en la via executiva las excepciones que se dirigen contra la persona que la intenta, como si es menor, muger casada, hijo de familia ó estudiante, y no manifiesta la respectiva licencia que el derecho prescribe; ó está excomulgada, no se halla nombrada en el instrumento, ó carece de potestad para pedir, y otras de que se trató latamente en el §. 2 de este cap.

231 Del mismo modo se admite en la via executiva la *declinatoria de fuero*, proponiéndose en el tiempo y en los términos expresa-

(*a*) Ley 2 tit. 1 P. 5 al fin: „E si el plazo non fué puesto, devégela dar á voluntad del que la prestó, 10 dias despues que fué prestada.„

dos en el cap. 1 de este lib. n. 155; y nunca se entiende excluida esta excepcion, aunque otras lo sean, pues es necesario que la ley la excluya expresamente.

232 Impide la execucion la excepcion de estar pendiente compromiso sobre lo que se pide, pues por el hecho de comprometerse las partes, aunque la una tenga sentencia propicia, cesan los efectos de ésta, por ser visto apartarse del derecho que le competia en su virtud, y asi no se debe executar.

233 Es excepcion legítima la del juramento que el lego hace en las obligaciones que por no requerirle para su validacion y por otros motivos, está prohibido hacerle; y lo propio milita, quando se somete al Juez eclesiástico en lo que no debe, pues las tales obligaciones son nulas, como lo ordena la ley 11 tit. 1 lib. 4 R. „Defendemos, dice, que ningun lego, christiano, judío ni moro no haga obligacion en que se someta á la jurisdiccion eclesiástica, ni haga juramento por la tal obligacion junta, ni apartadamente, ni el acreedor lego la reciba so las penas contenidas en las dichas leyes, y que la obligacion no vala, ni haga fé, ni prueba. Y mandamos á todas, y á qualesquier Justicias, que no la executen, ni hagan pagar.„ Y ademas de ser nula la escritura incurre el Escribano que la autoriza, en graves penas que dicha ley le impone y se han expresado en varios lugares de la I. P. diciendo en qué contratos se puede interponer juramento, sin que el Escribano incurra en pena por admitirle, ni se anulen por haberse hecho. En el n. 39 de este cap. se dixo qué contrato debe tenerle para ser executivo.

234 Estorban la execucion las excepciones anexas ó inherentes al contrato, como en el de compra y venta la de no haberse entregado al comprador la cosa vendida, ó no haber pagado éste su precio; pero ésto se limita en quatro casos; el primero, quando los contrayentes pactan otra cosa: el segundo, quando el executado debe cumplir el contrato ántes que el executante: el tercero, quando en él no consta quál de los dos ha de cumplir primero, esto es, si el comprador ha de entregar el precio ántes que el vendedor la cosa, ó por el contrario, en cuyo caso debe mandar el Juez se pongan en depósito aquel y ésta; y el quarto, quando la cosa no entregada es el importe de alcabalas ú otros derechos Reales que el executado tomó en arrendamiento, pues aunque alguna parte de ellas le salga fallida, ó se le retarde su cobro por culpa de tercero y no del executante, si cobra

la mayor, no ha lugar á la excepcion, ni impedirá por consiguiente el curso de la via executiva (*a*).

235 Impedirá la continuacion de ésta la execucion de *reconvencion*, si pendiente el juicio se liquida y hace constar por otro instrumento que traiga aparejada execucion, ó si el executante confiesa de plano ser líquido y cierto el débito, y que ninguna defensa tiene contra el executado; pues fuera de estos dos casos, como exíge mayor inspeccion y conocimiento, no se admite (*b*).

236 Sobre si la excepcion del dinero no entregado es ó no admisible en la via executiva, sin embargo de que hay dos sentencias contrarias, la afirmativa como verdadera y comunmente observada en la práctica, es la que se debe seguir, con tal que se pruebe en el término legal; pero el deudor no habiéndola renunciado debe oponerla dentro de los 2 años siguientes al contrato, en cuyo caso, aunque puede recibir y tomar en sí el cargo de probarla, incumbe al acreedor la prueba contra ella; y si la renunció ó han espirado los 2 años que para su oposicion prefine el derecho (*c*), es de su obligacion y no de la de aquel justificar en los 10 dias de la ley no habérsele entregado el dinero, precio, ó cosa que se le pide; y en ámbos casos, si lo prueba, debe ser absuelto: todo lo qual milita no solo en el dinero sino tambien en otra qualquiera cosa, porque versa identidad de razon, y la ley 9 tit. 1 P. 5 citada lo comprehende todo.

237 Y últimamente impide el curso de la execucion la excepcion que puede originarse de ella misma; v. gr. por no haber puesto el Escribano la hora en que notificó su estado, como lo manda la ley 21 tit. 21 lib. 4 R. ó por no haberse dado los pregones en el tiempo debido, ó quando se invirtió el órden y forma legal en hacer la traba, ó se excedió el alguacil, ó no se observó el estilo del tribunal, en cuyos casos y otros semejantes debe admitirse la excepcion, no contra el contrato ó sentencia en cuya virtud se expidió la execucion, sino contra el mismo hecho de ésta.

238 Procediendo á tratar de la tercera clase de excepciones, que son las que no se admiten en la via executiva, digo que una es la de *dolo*. No hablo del *dolo bueno* ó impropio que es *discrecion*, *astucia y sagacidad para conducirse lícitamente y evitar ser perjudicado*, por lo que

(*a*) Ley 34 tit. 5 P. 5. (*b*) Véanse las dos notas del n. 209 cap. 1.
(*c*) Ley 9 tit. 1 P. 5.

es permitido; sino del malo, propio y verdadero que es *falacia y maquinacion premeditada para seducir y engañar á otro lucrándose con su detrimento*, y por lo mismo está reprobado. Pero lo dicho se entiende, quando el dolo es superveniente é incidente, pues si se prueba haber dado causa al contrato, por ser éste nulo, no se debe executar.

239 De varios modos se comete el dolo: el primero, quando el mismo dolo dá causa al contrato: el segundo, quando aunque al principio no le haya cometido el doloso, demanda al obligado y sigue la instancia sabiendo que goza de excepcion, pues si la ignora, no se presumé que le comete; y el tercero, despues del contrato, como si por obra ó culpa del acreedor pierde el deudor el dinero que habia de pagar. Y es de notar que quando se procede civilmente, se compensa un dolo con otro, mas no si se procede criminalmente.

240 Se puede oponer la excepcion de dolo contra el que le comete, sea varon ó hembra, y mayor ó menor capaz de cometerle, por lo que es personal de parte de aquel contra quien se opone, y á veces no solo puede oponerse contra el actor por el suyo sino tambien por el ageno, en cuyo caso debe el reo deducir, especificar y probar el dolo de aquel, por el qual está obligado el actor, como por el del difunto que daña á su heredero; y de parte del que le opone, es excepcion real, de tal suerte que á qualquiera á quien pasa la cosa sobre que se cometió el dolo, se transfiere tambien la excepcion; v. gr. quando se pretende la hurtada por el que la hurtó, ó por el que cometió dolo en la que se pide, pues no se mira contra quien se cometió, si no si se cometió en la que se pretende en juicio.

241 No se daña, regularmente hablando, al sucesor singular, ni pasa contra él la excepcion del dolo que su causante cometió, mas ésto se limita en tres casos: el primero, quando quiere usar de la excepcion de su causante, ó aunque no quiera, si tiene causa lucrativa ó quasi é intenta su accion: el segundo, quando la cosa ha de volver incontinente al que le cometió, ó la excepcion está anexa á ella misma; y el tercero, quando se cometió en la adquisicion de la accion, pues á qualquiera sucesor que use de ésta, obsta la excepcion. Y es de notar que el dolo del sócio daña al consócio, aunque éste puede repetir contra aquel.

242 Si se celebra algun contrato en que interviene dolo, y para su confirmacion se hace despues otro sin él, y el actor usa del segundo, puede el reo no obstante éste oponer la excepcion de dolo que le compete en virtud del primero, porque se presume repetido en el

segundo, y que le hubo para obtener la confirmacion de aquel: siendo de advertir que puede remitirse la excepcion de dolo y el de pretérito, mas no el de futuro.

243 No es admisible en la via executiva contra el instrumento público la excepcion de *lesion en mas ó ménos de la mitad del justo precio* que en los contratos de venta: arrendamiento y otros semejantes compete al leso por derecho (a), porque exîge mayor exámen é indagacion, á no ser que se pueda liquidar y probar en el término legal, pues entónces se admitirá, y probada se impedirá el curso de la execucion.

244 En quanto á la excepcion de error de cálculo ó número se distingue: si es material y propiamente númerico; como si en lugar de decir que deb a ciento, dixese doscientos, se debe admitir, porque fácil y claramente se puede deshacer; pero si es sobre la cosa, como quando los apreciadores ó partidores aprueban la que deben reprobar ó por el contrario, ó le dan mas ó ménos estimacion que la que merece, no es admisible, porque requiere mayor conocimiento y no se puede liquidar en el término legal (*b*).

245 Tampoco debe admitirse en el juicio executivo la excepcion de division de la deuda entre los mancomunados, porque hoy están tan claras y terminantes nuestras leyes recopiladas que segun se obliguen, quedan obligados, y pueden ser reconvenidos por el todo ó á prorata sin renunciar ley ninguna; como se dixo en el cap. 29 P. I. Pero si se les demandáre por mas de lo que importe su obligacion, podrán excepcionarlo, y probada la excepcion impedirá el curso de la execucion.

246 Obligándose dos ó mas de mancomun insólidum por el todo, si el acreedor executare á qualquiera de ellos, y el executado excepcionáre que la execucion se debe dirigir contra el otro, porque en el se refundió toda la utilidad del contrato, y que en este concepto la siga contra él por su cuenta y á sus expensas; no se debe admitir esta excepcion, porque el acreedor mediante la obligacion usa legalmente de su derecho, y no es de su inspeccion, ni le daña el convenio hecho entre los dos; pues esto es bueno para que el executado pagando primero al acreedor use del suyo con el lasto contra su consócio ó correo, segun le convenga.

247 Sobre si en este juicio se debe admitir la excepcion de resti-

(*a*) Ley 1 tit. 11 lib. 5 R. ó 2 tit. 1 lib. 10 N. R. (*b*) Ley 19 tit. 22 P. 3.

tucion por entero por lesion ó menor edad, están discordes los AA. pero lo cierto y seguro es, que si se opone por razon de la edad del que es menor, se debe admitir, porque en la exclusion general del beneficio de restitucion no se entiende excluido el que por la edad compete al menor; y si se opone contra la execucion de la sentencia ó instrumento, cuya lesion consta de autos, ó se puede probar incontinente, que es en el término legal, se debe admitir tambien, y no de lo contrario.

248 Ninguna excepcion que por no ser legítima despreció el Juez inferior en primera instancia, debe admitir el tribunal superior en la causa de apelacion; pero sí la que no admitió siéndolo, tal vez por causar extorsion al reo executado.

249 Si el reo comparece y se opone á la execucion ántes que se le cite de remate, ó en qualquier tiempo ántes de la sentencia, se le ha de haber por opuesto, y ha de encargarse á ámbas partes el término perentorio de los 10 dias que prefine la ley, para que en ellos aleguen y justifiquen lo que les convenga: lo qual se observa inqüestionablemente en la práctica, sean uno ó mas los executados por un acreedor y comprehendidos en un mandamiento executivo, porque la ley habla indistintamente, y así todos tienen tan solos los 10 dias para justificar sus excepciones, y no 10 cada uno en este caso.

250 No están conformes los AA. sobre desde quando ha de empezar á correr el término de los 10 dias, y la opinion mas recibida es que se cuente desde el de la oposicion, segun lo declara la ley 3 tit. 21 lib. 4 R. ó 2 tit. 28 lib. 11 N. R. que dice: „Declaramos y mandamos que los dichos 10 dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion en adelante.„ Mas sin embargo se ha introducido en algunos tribunales que no empiece á correr dicho termino hasta el dia en que se notifica á entrámbos litigantes así como en la via ordinaria sin diferencia: lo qual debe seguirse como mas equitativo, segun se practíca en esta corte, porque sería cosa dura y aun iniqua que por no poder, ó no querer el Escribano dar cuenta de la oposicion al Juez, ó notificar el encargo, ó por hallarse imposibilitado ú ocupado éste, quedase indefenso el executado y fuera condenado sin ser oido: en cuya atencion hasta que el término se notifica á los dos litigantes, no ha de correr, debiendo entenderse la ley recopilada cesante toda imposibilidad y fraude; y si por olvido no se hace saber mas que á una parte, no debe correr, y se han de reponer los autos y diligencias posteriores en el estado que tenian, quando se admitió

la oposicion é hizo el encargo de los 10 dias, como lo he visto practicar para evitar nulidad en las diligencias. Y se advierte que las notificaciones se han de hacer á costa del reo incontinente que se firma la providencia, aunque no lo solicite, porque se dió á su instancia.

251 Si los 10 dias empiezan á correr en feriados como los de pasquas ú otros, y espiran en ellos, ó se consume su mayor parte, no deben contarse ni correr hasta el siguiente al dia en que cesen, lo qual he visto practicar siempre, porque de lo contrario sería ilusoria é ineficaz la concesion de la ley, y no aprovecharía al executado.

252 No se debe prorogar este término á instancia del reo; pero puede disfrutarle enteramente, y por lo mismo ha de tomar los autos primero que el acreedor, sin que se le deba compeler á su vuelta, miéntras dura, ni entregarse á éste ántes, aunque acuda á tomarlos, porque el acreedor tiene hecha su probanza con el instrumento, sentencia ó confesion que traen aparejada la execucion, y no necesita término por no tener que probar, siendo así que el reo necesita ver, si le compete alguna excepcion contra el documento executivo, para cuya probanza se le conceden solamente 10 dias perentorios, término sumamente limitado en comparacion del que tuvo el actor para pensar lo que habia de pedir.

253 A instancia del acreedor se puede prorogar el término las veces que quisiere, sin embargo de que se alegue que él y el reo son correlativos, que lo que no se permite al uno, tampoco se debe permitir al otro, y que se debe guardar igualdad en los juicios: ya porque no se causa ningun perjuicio al deudor sino comodidad en tener mas tiempo para preparar y hacer sus defensas, ó buscar dinero con que satisfacer el débito, y ya porque habiéndose prefinido tan breve en utilidad del acreedor para que no se retarde mas la exâccion de su crédito, y en pena del deudor para que tenga mas cuidado de pagar, y no se perjudique al acreedor, puede renunciar legítimamente este beneficio y pedir todo el término que quiera, pues de lo contrario se convertiria en detrimento suyo lo que se estableció para su provecho (*).

254 Mas para que se prorogue á instancia suya, han de intervenir precisamente dos circunstancias. La primera es, que pida la pró-

(*) Asimismo como el término de los 10 dias se ha concedido por beneficio del reo, podrá éste renunciarlos, pues en las causas civiles siempre puede renunciar los términos la persona por quien se introduxéron.

roga dentro de los mismos 10 dias, y si necesita mas prórogas, ántes que espire la concedida, para que se entienda ser todo un mismo término; bien que para conceder la segunda dilacion, aunque se pida dentro de ellos, es menester que haya conocimiento de causa, y mayormente despues de pasados, pues sin motivo gravísimo y justificado no se debe prorogar, porque el executante quando pide la execucion, lleva ó debe llevar probada su accion, y no necesita término para ello, tiene el legal como el reo, y no le debe sufragar su descuido en no acudir en tiempo á pedir la prorogacion; y mucho ménos se le debe conceder para hacer prueba por testigos, mediante á que se presume haber visto ó tener noticia de lo probado por el executado. Y la segunda circunstancia es, que ni él ni su Abogado haya visto la prueba del reo, para evitar de esta suerte el soborno de otros testigos, segun se observa en la via ordinaria (*a*). Y así el termino de los 10 dias como el de las prorogaciones son comunes á ámbas partes, y no corren hasta que se les notifican, ni perjudican al ignorante, ni por las prorogaciones se convierte la causa en ordinaria, ni tampoco muda su naturaleza el juicio, porque se entienden hechas con la propia qualidad que el encargado en los 10 dias.

255 Pueden hacer las partes sus probanzas por testigos, instrumentos y demas medios legales, aunque la execucion se haya despachado en virtud de instrumento público, porque la ley 2 tit. 21 lib. 4 R. habla disyuntivamente, y no dice que se hayan de probar precisamente las excepciones por otro tambien público. Los testigos que el reo presente, no solo han de ser juramentados ántes de deponer sino asimismo exâminados con citacion del actor dentro del referido término, segun lo ordena dicha ley; pues si está pasado, ó falta la citacion, no se deben recibir sus deposiciones, sin embargo de que estén juramentados, y la prueba será ineficaz: lo qual procede igualmente en el cotejo de papeles simples no reconocidos, porque los peritos son como testigos, cuyo dicho es un parecer que por sí solo no prueba. Los instrumentos han de ser presentados tambien ántes que espire, y de lo contrario no se deben admitir, porque es perentorio, y como no concedido por el Juez sino prefinido por la ley carece de facultad para alargarle á instancia del reo y para admitir la probanza que quiera hacer fuera de él, aunque lo contrario sucede en el juicio ordinario, como se dixo en él.

(*a*) Leyes 34 tit. 16 P. 3 y 5 tit. 6 lib. 4 R.

256 Lo expuesto no tiene lugar, quando por omision ó imposibilidad del Juez ó Escribano se pasa el término, pues entónces como que el reo no tiene culpa, no le debe perjudicar; y así es muy útil la prevencion de que en el pedimento de oposicion proteste no le perjudique dicha omision ó imposibilidad, con cuya cautela, aunque espire el término, si los testigos fuéron juramentados dentro de él, podrán ser exâminados despues, como lo he visto practicar.

257 Intentando el reo probar sus excepciones por testigos, debe nombrarlos, expresar donde viven, y jurar que no procede de malicia (*a*): y si se hallan en otro territorio, ha de pretender y se ha de librar requisitoria al Juez de su domicilio, como se practíca en el juicio ordinario (*b*), pero su interrogatorio no se ha de comunicar al actor, ni el de ésta á él. En este juicio como ni aun en los demas sumarios no se admiten tachas, ni de consiguiente se concede término para probarlas.

258 Aunque haya espirado el término de los 10 dias, puede pretender el deudor que el acreedor jure de calumnia y posiciones en qualquier tiempo, con tal que sea ántes de la sentencia de remate, como lo dispone la ley 72 tit. 4 lib. 3 R. y se practíca, sin embargo de que algunos demasiado escrupulosos dicen que esta ley se debe entender solamente en los adelantamientos de Burgos, Castilla y Leon, en cuyo título está; pues no se hacen cargo de que fué creada muy posteriormente á la 2 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 28 lib. 11 N. R. de que no manda que ésta quede en su fuerza y vigor en los demas parages, ni excluye ni prohibe que se puedan aprovechar de ella los que no residen en los adelantamientos; y de que la confesion de la parte no es prueba sino relevacion de ella, por lo que no hay término prefinido para hacerla, y se puede recibir fuera de el de la ley: porque quando el Soberano manda á un Presidente cierta cosa, se entiende por conseqüencia mandarla á todos los de sus dominios en igual caso, por militar idéntica razon. Lo mismo procede, quando el deudor pide que el acreedor reconozca algun papel; mas si pretende que en caso de negativa se coteje con otros indubitados de él, no se debe deferir al cotejo por ser pasado el término.

259 Sobre si el término, ya que no prorogar, podrá suspenderse á instancia del executado, duda que no he visto tocada en ningun au-

(*a*) Ley 2 tit. 21 lib. 4 R. ó 1 tit. 28 lib. 11 N. R. (*b*) Leyes 1 tit. 7 P. 3 y 20 cap. 2 tit. 21 lib. 4 cit. ó 7 tit. 29 lib. 11 N. R.

tor, debo decir que siempre que acredite causa justa, como estar enfermos ó ausentes algunos de sus testigos, y esperar pronto su recobro ó regreso, no poder el Escribano compulsar el instrumento con tanta prontitud, y otras semejantes puede suspenderle el Juez; lo uno, porque no lo prohibe la ley, ni habla de ello, y lo que no está prohibido, se entiende permitido: lo otro, porque no se viola su mandato, pues siendo éste el que la prueba se haga y presente dentro de los diez dias, en exâminando los testigos en los que concurran despues de la suspension, ó presentando el instrumento ántes que espiren, se cumple con él; y lo otro, porque con la demora de poco tiempo no se causa detrimento notable, y seria cosa inhumana que por no esperar algunos dias mas se gravase al reo, con la satisfacion de lo que tal vez no debe, y con costas, décima y otros perjuicios irreparables que son consiguientes al mandamiento de pago: mayormente quando no ha padecido culpa ni omision, ni se perjudica al actor, justifique ó no el reo su excepcion, porque si la justifica, como que no le toca lo que le pide, no solo no debe dársele sino castigársele por litigante de mala fé; y sino, le queda tiempo para usar contra él de todo el rigor de la ley; bien que la suspension en estos casos como de equidad y no de justicia será arbitraria en el Juez. (*)

(*) Esta doctrina parece contraria á la citada ley 2 tit. 21 lib. 4 R. que dice lo siguiente. » I para probar tal paga, i excepcion, si por testigos lo oviere de probar, es nuestra merced que el deudor nombre luego los testigos, quien son, i donde viven, i jure que no trae malicia: y si nombrare los testigos aquende los puertos fuera del arzobispado, ó obispado aya plazo de un mes para traer sus dichos; y si allende los puertos por todo el reyno, que aya plazo de dos meses; i si los nombrare en Roma, ó en Paris, ó en Jerusalen, fuera del reyno, que aya plazo de seis meses: pero es nuestra merced que el deudor, que alegare la tal paga, ó excepcion, no la probando dentro de los dichos diez dias; en la manera que dicha es, dixere que los testigos, que tiene, estan fuera del arzobispado, obispado, como dicho es, que pague luego al mercader, ó al acreedor, dando el tal mercader, ó acreedor luego fianzas que, si el deudor probare la paga, ó otra excepcion, que le pueda escusar, que le tornará lo que assi pagare con el doblo, por pena en nombre de interesse; i el reo asimismo de fianzas que si lo no probare en el dicho término, que pagará en pena otro tanto como lo que pagó. &c. » Si segun esta ley en el caso de decir el executado que están ausentes los testigos con quienes puede probar su excepcion, se ha de hacer el pago dando la expresada fianza, como dice despues Febrero, (n. 27.) ¿por qué no ha de observarse lo mismo, quando estén enfermos ó ausentes algunos de los testigos, quando el Escribano no pueda compulsar con prontitud el instrumento, ó en otros casos semejantes, y se ha de recurrir a la suspension del término de los diez dias, esto es, á la contravencion de la ley? Y en el caso de la ley inserta, dice Hevia Bolaños, en la misma senten-

260 Pero es de advertir en primer lugar, que esta suspension se ha de notificar al actor á costa del reo: en segundo lugar, que el Escribano debe poner nota en el pedimento en que se solicite, no solo del dia sino tambien de la hora de su presentacion, para que si se defiere á ella, como que corre de momento á momento, no se le cuente todo el dia por término ya pasado, habiendo presentado tal vez el pedimento á la hora de audiencia ó ántes; y en tercer lugar, que durante la suspension ningun testigo se exâmine, sino despues dentro del término que falta, y de lo contrario es nulo como hecho fuera de él, aunque se cite préviamente al acreedor, porque la suspension no es para tener mas término y que en éste justifique su excepcion, lo qual seria prorogacion que el juez no puede conceder á su instancia, sino para que los testigos vengan fuera ó sanen, y declaren en el término restante.

261 Lo mismo procede, si el reo pide declaracion al executante, y en caso de negativa que con su citacion se le reciba justificacion de testigos, y que mientras evacua la declaracion, se suspenda el término; pues debe hacerlo, ya porque aquella declaracion no es prueba sino relevacion de ella, y ya porque de no suspenderse podia ausentarse ú ocultarse maliciosamente el executante hasta que espirara, para que el executado no pudiese justificar, y se le cause la extorsion de ser condenado, tal vez sin deber lo que le pedia. Por tanto, el Juez debe suspender el término hasta que evacue su declaracion, y evacuada se ha de hacer saber al reo, poniendo la hora en que se le notifica, para que en uso de su derecho presente sus testigos, y desde ésta continúe el curso del término que falte; pues no se infringe por esta suspension la ley, ni es visto prorogarse por ella el término, ni hacer prueba en él el reo, y sí únicamente cortar al executante su malicia de querer tal vez dexar indefenso al reo. Ademas, si ántes de la sentencia puede pretender que jure de calumnia y posiciones, como se ha sentado en el n. 258, y se debe deferir á su solicitud; con mayor razon se deberá suspender el término que todavia no espiró para que declare: todo lo qual he visto practicar repetidas veces en esta corte como equitativo y justo, por no ser abuso, corruptela, ni infraccion de las leyes. (*)

cia de remate se suele recibir la causa á prueba, y de la sentencia dada en ella, por ser ordinaria, ha lugar apelacion.

(*) El Señor Salgado dice que quando por impedimento del actor no pudo el executado hacer las probanzas, no se concede de nuevo todo el término, sino que se cumple el de que no se usó por razon del impedimento.

262 Si pasados los diez dias piden los autos los litigantes para instruirse de lo justificado é informar al Juez, se les han de entregar por poco tiempo, y primero al actor que al reo, á diferencia de quando se encargan los diez dias de la ley para probar. Tambien se les han de entregar para alegar de su derecho segun el órden del juicio al modo que en la via ordinaria, y de lo que uno alegue y haya probado, se ha de dar traslado al otro con calidad de *sin perjuicio* que hace no mude la causa su naturaleza, aunque se confieran muchos traslados. Hecho esto debe llamar el Juez los autos á instancia del que lo pretenda, y no de oficio, señalar dia para su vista, si hay costumbre de ello, citar á entrámbos, por si quieren asistir á informarla verbalmente de su derecho y justicia, y si no se acostumbra señalar dia ni informar, sentenciarlos despues de pasados los tres dias de la citacion para la sentencia. Pero esta citacion se entiende habiendo hecho probanza el executado, ó resultando del documento executivo la excepcion y alegándola; pues si no la hizo, ó no resulta, ó no se opuso á la execucion, es ocioso mandarle citar, porque ya lo está de remate, y no hay cosa nueva ni motivo para volverlo á hacer: en cuya atencion ha de llamar los autos y sentenciarlos, lo qual como corriente se observa en la práctica; si bien algunos quieren que aunque no se haya opuesto, pida el acreedor que se sentencie la causa, en cuyo caso el Juez llama los autos, y sin nueva citacion los sentencia á la primera audiencia, la qual práctica no repruebo, sin embargo de no ser necesaria en dicho caso, quando en el pedimento en que el actor pretende se cite de remate al reo, pida tambien que á su tiempo se sentencie la causa, y despache el correspondiente mandamiento de pago.

263 Como no siempre executa la sentencia el Juez que la pronuncia, sea ordinario ó delegado, pues tiene que impartir muchas veces el auxilio de otro, me parece conveniente explicar por conclusion de este §, si todas las excepciones que se permiten oponer contra la execucion, se podrán deducir y alegar ante el requerido del mismo modo que ante el requirente; y si aquel podrá ó no conocer de ellas, y determinarlas como éste. Pero ántes debo sentar para su mejor inteligencia lo siguiente.

264 Hay algunas excepciones que se alegan contra la misma sentencia como la de su nulidad. Otras no se oponen contra la sentencia sino contra su execucion, v. gr. la de que alguno no puede ser reconvenido en mas de su posibilidad, como el marido respecto de su

muger, el donante respecto del donatario, y otros de que se hizo mencion en los nn. 153, 154 y 155; y estas excepciones no arguyen de injusta la sentencia, sino que moderan su execucion, por lo que se pueden alegar y poner despues de ella: en cuya atencion la de las expensas hechas en la cosa que se opone al que pretende reivindicarla, la de compensacion, la de no haber pagado el comprador el precio de lo que compró, la de cesion de acciones y otras semejantes se pueden oponer despues de la sentencia executoriada, porque solo se dirigen á modificarla, si bien esto se limita en caso que se hayan opuesto en la causa principal ántes de la sentencia, y el juez las haya despreciado expresa ó tácitamente, porque este desprecio tácito ó expreso pasa á cosa juzgada juntamente con la misma sentencia, y produce excepcion de tal contra el que las opone. (*a*) Y otras se oponen contra la accion intentada, quales son las perentorias concernientes á los méritos de la causa principal, y éstas, regularmente hablando, no se pueden oponer despues de la sentencia, porque se dirigirian á recindirla ó revocarla, y como despues de la cosa juzgada nada hay que hacer mas que executar lo que se determinó, por eso no son admisibles en su execucion; bien que hay varias que se admiten, como la del senadoconsulto *macedoniano* de que trata la ley 22 tit. 11 lib. 5. R. ó 17 tit. 14 ó 10 N. R. (*b*) la qual fué establecida en ódio de los acreedores, y en beneficio de los hijos de familia y de sus padres: (*c*) la del senadoconsulto *veleyano* en favor de las mugeres, la de restitucion por entero en el de los menores y otras. Igualmente debo sentar que de los que executan las sentencias por mandato, comision ó requerimiento de algun Juez, unos se llaman *meros executores* y otros *mixtos*: los primeros son los alguaciles, porteros y otros sirvientes de la curia ó juzgado que carecen de jurisdiccion, y no toman el menor conocimiento de las causas, porque ya precedió, y están destinados solamente para cumplir el mandato del Juez que entiende en ellas; y los segundos son Jueces con jurisdiccion, á quienes el ordinario de otro territorio ó el delegado comete la execucion de su sentencia, ántes que conozca de las excepciones respectivas á la misma execucion.

265 En esta suposicion digo que los meros executores no deben admitir regularmente ningunas excepciones contra la execucion, ni pueden conocer de ellas por defecto de jurisdiccion; pero los execu-

(*a*) Cap. 15 de Sentent. & re judicat. (*b*) E inserta en el n. 36 cap. 28. P. I. (*c*) Véanse los motivos en el n. 6 cap. 26 P. I.

tores mixtos pueden entender en las tocantes á los méritos de la causa, y podrán oponerse despues de la sentencia, no para difinirlas sino para ver si obstan ó no á la execucion; pues obstando deben suspender ésta y remitirlas al Juez requirente para que las decida; y si se oponen calumniosamente y no la impiden, han de proceder á executar la sentencia.

266 De las que modifican la sentencia, no solo pueden conocer sino tambien difinirlas, porque por el hecho de comisionarlos para su execucion es visto cometerles tambien todo lo que concierne á ella. Y de las que impugnan la sentencia como la de nulidad, restitucion, &c. pueden conocer igualmente, y si advierten que son despreciables, han de proceder á su execucion; mas siendo legítimas deben remitirlas bien instruidas al Juez requirente, para que las decida, y no decidirlas por sí porque de hacerlo se verificaria que el Juez menor ó igual en jurisdiccion revocaba la sentencia del igual ó mayor, lo qual es opuesto á derecho: pues en el negocio de que se trata, siempre es mayor el requirente que el requerido, aunque sea igual. Pero lo dicho no procede en caso que el Juez inferior imparta el brazo y auxílio del superior para executar su sentencia, pues entónces como éste es mayor, puede, aunque suene ser requerido, conocer y decidir la excepcion de nulidad, y conceder al menor la restitucion contra la misma sentencia del requirente.

267 En quanto el tercero poseedor supuesto como cierto é indubitado que puede oponer sus excepciones ante el Juez requerido, y éste conocer de ellas, para resolver si podrá ó no decidirlas, se distinguen dos casos. El primero es, quando alega que posee los bienes en que el Juez requerido trabó la execucion, y por haberse trabado en los que no pertenecen al deudor, se opone á ella; en cuyo caso no solo puede conocer de esta excepcion sino tambien determinarla sin tener precision de remitirla al requirente, porque modifica la sentencia de éste y no la impugna como injusta. Y el caso segundo es quando la excepcion toca á la sentencia y causa principal, como si el tercero alega ser nula, ó nulo el instrumento en cuya virtud se despachó la execucion, ó que en los bienes del deudor debe ser preferido al acreedor que la pidió; y entónces puede el Juez requerido conocer de la oposicion y excepcion no para decidirla sino para instruirla y remitirla al requirente para su determinacion como Juez, á quien incumbe legítimamente conocer del concurso de acreedores, pues no se debe dividir la continencia de éste.

accion executiva del fiador q.e pagò por el reu. f.o 40