

cuando la pidiese el dueño de ella cuyo dominio y posesion conserva enteramente; y el cumplimiento específico de esta obligacion del depositario, no puede suplirse con el pago de la misma cosa depositada, ni por la compensacion de otra equivalente, que seria volver ó pagar una cosa por otra.

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

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

11. Resta por último examinar en qué tiempo y estado de los autos deba proponerse la compensacion. Esta duda se resuelve con uniformidad por los autores de mejor nota asegurando que no solo puede producirse ante el Juez de primera instancia en todo el progreso de los autos, sino tambien en el tribunal adonde hayan ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan ejecutorias; y se fundan en que la compensacion, aunque se llama impropiamente algunas veces excepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatoria* ó *perentoria*, debiese usarse de ella en la primera instancia y en los términos que prescriben las leyes, señaladamente la *1, tit. 5, lib. 4 de la Recop.*, no es á la verdad excepcion sino pura defensa con efectos de paga; y así como esta tiene lugar en cualquier instancia y tiempo, aun cuando se trata del cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una

y otra estinguen la accion del acreedor, lo cual no sucede en las verdaderas y legitimas excepciones, que dejan permanente la accion, y solo se detienen sus efectos compulsivos y ejecutivos: *Vinnius § 50, Institut. Justin. de Actionib. n. 2*: *Salg. de Retention. part. 2, cap. 9, n. 6 et 7*: *Scacia de Sentent. et xe judic. glos. 7, q. 4, inspect. 5, n. 157*: *Surd. Decis. 191, n. 4 et 7*.

CAPÍTULO VI.

De la reconvencion y mútua peticion.

1. Es la reconvencion una nueva demanda diversa en todas sus partes de la anterior introducida por el actor, porque la accion de este y la que en su contestacion propone ahora el reo; son notoriamente diversas; y aunque las personas parecen unas mismas, son distintas en sus representaciones, porque el reo de la primera es actor en la segunda y al contrario produciendo las enunciadas representaciones diversidad legal en los juicios: *ley 52, tit. 2, Part. 5, vers. La tercena: ley 57, tit. 6, Part. 1: ley 4, tit. 10, Part. 5; cap. 2 de Ordin. cognition. Cum. ae in modum actionis proposita, intelligantur mutua petitionis sese tquam diversa minime contingentes: clement. saepe § Verum de verb. significat.: leg. 14 cum Authen. Et consequenter cod. de Sentent. et interlocut.: ley 1, tit. 5, lib. 4 Recop.: Salgad. Labyrinth part. 1, cap. 16. n. 15 et de supplicat. parte 2, cap. 15 per tot.*

2. El poseedor de un mayorazgo, si redime los censos á que están afectos sus bienes, no confunde sus acciones, aunque se reunan en una misma persona, antes bien las conserva para sus

herederos en calidad de libres: porque la representacion con que obra en la redencion del censo es diversa de la que tiene como poseedor del mayorazgo: Salg. *Labyrinth. part. 2, cap. 7 per tot. præcipue n. 26 et 27: idem de Retention. part. 1, cap. 11, a n. 11: Olea de Cess. jur. tit. 4, q. 1, n. 55, vers. Id. autem.*

2. Lo mismo sucede en el heredero que admite la herencia con beneficio de inventario; pues aunque se traladan en su persona las obligaciones de la herencia, limitándose únicamente á su cumplimiento al valor de ella, conserva las acciones que anteriormente le competian por otras causas, subsistiendo la diversidad legal de su persona, como si realmente fuesen pos: *ley 8, tit. 6, Part. 6.* «E si aquel, que es establecido por heredero, oviese alguna demanda, ó le debiese alguna cosa aquel que le estableció por su heredero, en salvo le finca la demanda, ó aquello quel debia el testador, si el inventario ficiese así como sobredicho es:» *Vinnius Instit. tit. de Hæred. qualit. § 5.*

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

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

6. Esto no obstante están declaradas con uniformidad todas las leyes y cánones á favor del Juez, que empezó á conocer como ordinario y competente de la accion y demanda introducida contra el reo, que estaba sujeto á aquel juzgado por razon de

domicilio ó por otra de las causas legales para que él mismo pueda ejercitar su jurisdiccion, y estenderla á conocer y determinar las causas del mismo actor, que propusiese el reo por via de reconvenccion y mútua peticion, aunque sea de diverso fuero y jurisdiccion.

7. Esta prerogativa ó privilegio con que se halla limitada la regla de que el actor haya de seguir el fuero del reo, y proponer ante su Juez las acciones que haya de introducir, no solo es relativa á los jueces ordinarios, sino tambien á los delegados; pues sin embargo de que estos tengan una jurisdiccion mas estrecha, porque sale limitada de la boca del delegante en calidad de mandato, cuyos límites no es licito exceder, y sea por otra parte privilegiada y exorbitante del derecho comun en la comision que se da para conocer y determinar ciertas causas, y que todas estas circunstancias obligan á reducir su cumplimiento á los términos, que esplica la comision ó mandato sobre las casuas y personas que contiene el rescripto, *cap. 2 de Mutuis petitionib., Utsibi juxta mandatoris rescriptum: cap. 5 de Rescript. Aut. mandatum nostrum reverenter adimpleas: cap. 22, cum enim in litteris nostris eisdem principaliter mandaretur: et ibi: Ipsi formam mandati Apostolici transponentes: cap. 6 de Pæbend. et dignitatib.: cap. 40 de officio judic. deleg. Cum hujusmodi delegata jurisdicchio ad alias personas nequeat prorogari: Gonzalez in dict. cap. 40, n. 5 et in cap. 56, n. 4 et 6 dict. tit.: Vinnius Instit. § 8 de Mandato; ceden sin embargo todas estas consideraciones á la mas preeminente de que el mismo Juez conozca de las causas y acciones que introduzca el reo contra el actor por reconvenccion y mútua peticion: cap. 1 et 2 de Mutuis petitionib.: Gonzalez ibid. cum pluribus relatis: Salgad. de Reg. part. 5, cap. 4, a n. 14: ley 20, tit. 4, Part. 3 ibi: «E aun decimos, que despues que el demandado haya respuesto á la demanda de su contendor delante del Juez delegado si él quisiese facer otra demanda al demandador delante ese mismo Juez, que lo pueda facer,*

como en manera de reconvençion. E ha poderio el delegado, de oir tal pleito, é librarlo, magüer non le fuese encomendado señaladamente: ca guisada cosa es, que despues que el demandador quiso alcanzar derecho ante ese Juez, que antel lo faga el demandado.»

8. Aun hay otra mas estensiva y preeminente facultad que se atribuye por efecto de la reconvençion ó mútua peticion á los mismos Jueces seculares, que conocen de las causas que intentan los clérigos contra legos; pues reconvenidos ante el mismo Juez Real y en el propio juicio deben contestarlo en aquel fuero, y estar á la sentencia que diere el Juez Real, sin que puedan alegar excepcion de competencia, ni reclamar el fuero que siendo reos les conceden las leyes y los cánones en todas sns causas: *ley 57, tit. 6, Part. 1 ibi*: «Mas si el clérigo demandase alguna cosa allego temporal, tal demanda como esta debe ser fecha ante el Judgador seglar, é si ante quel pleito se acabase, el lego á quien demanda, quisicre facer otra demanda al clérigo su demandador, allí debe responder por aquel mismo juicio, é non se puede escusar, por la franqueza que han los clérigos por razon de la Iglesia.»

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

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

11. En la *32, tit. 2, Part. 5*, se establece la regla de que el demandador debe poner su demanda ante aquel Juez que ha po-

der de juzgar al demandado, que es decir, que ha de buscar y seguir el fuero del reo; y procediendo á las limitaciones de esta regla señala la trece para el caso de la reconvençion ó mútua peticion en estos términos: «La trecera es, si el demandado quiere mover algun pleito, contra aquel que face la demanda. Ca luego quel aya fecho respuesta á ella, tenuto es el otro de responderle á la suya, é non se puede escusar que lo non faga; magüer diga que non es del juzgado del Juez, ante quien le facen la demanda:» y continúa dando la razon fundamental de esta singular disposicion: *ibi*: «E esto tovieron los sabios por razon, porque bien así como al demandador plugo, de alcanzar derecho ánte aquel Judgador, que así le sea tenuto, de responder antel.»

12. El grande Papiniano, que es el primero de los sabios á quien puede referirse la citada ley de Partida, formó su opinion, que pasó á ser ley por la autoridad y ampliacion que la dieron los Emperadores convencidos de la propia razon y fundamento, que esplican en la *ley 14, cod. de Sentent. et interlocutionib. Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eodem negotio non dedignetur. Authent. Et consequenter cod. tit. ibi: et consequenter ego ab aliquo conventus, si vicissim ipsum pulsare velim, statim quidem hoc non licet, in apud eundem judicem. Qui si displiceate intra viginti dies recusari potest, aliumque mereri apud quem rursus utrumque negotium ventiletur; alioquin lit' contra me mota, prius ventilata, et terminata, tum demum et ego admitar: Novel. 96, cap. 2, § 1. Et eundem esse judicem in utroque negotio: Novel. 123, cap. 25. Si vero et in quibusdam causis, vel actionibus semetipsos obligatos fecerint in tempore, in quo responsa faciunt, pro iis conventiones suscipiant: Canon 1, cau. 5, q. 8, § 1 ibi: Cujus in agendo quis observat arbitrium, eum habere etium contra se judicem in eodem negotio non dedignetur.*

13. En la letra de las autoridades referidas se presenta la dis-

posición primitiva que introdujo la restricción de la regla ya insinuada de que el actor hubiese de seguir siempre el fuero del reo en sus demandas; y se presentan también las ampliaciones que sucesivamente dieron los Emperadores, y siguieron los cánones, á la enunciada limitación en cuanto á las causas y acciones, tiempo y circunstancias en que debían proponerse por vía de reconvencción ó mútua petición ante el mismo Juez, que conocía de la primera demanda ó causa, sin permitir al reo usarse de su acción contra el actor en otro juicio hasta que se acabase el primero intentado contra él.

14. En la razón principal, que justifica con equidad el privilegio de la mútua petición, no se detuvieron algunos de los muchos autores que han tratado de ella: otros la entendieron con diverso sentido deduciendo opuestas consecuencias que hicieron obscura y confusa la decisión de este asunto; y para darle la claridad posible, que no sería fácil recibiese haciendo mérito de todas las opiniones, se resumirán las más autorizadas.

15. Pedro Barbosa en la *ley 29 ff. de Judiciis*, supone que la razón de Papiniano fué entendida y esplicada generalmente en los términos siguientes: *Ut cum actor elegerit Judicem rei, coram quo illum conveniat eundem debet agnoscere Judicem contra se, si coram eodem reconveniat*; y estimó de tanto peso esta libertad en la elección del Juez, que sin ella no admite la reconvencción, como sucede en el dictámen de este autor cuando se espide el rescripto á los Jueces delegados *motu proprio* ó por uniforme consentimiento de las partes y en otros casos que refiere á los *nn. 41, 44, 48 y 49*.

16. Pareciéndole que estos principios de libertad y elección no podían conciliarse con la necesidad, que imponen al actor las leyes y los cánones de seguir el fuero del reo en sus demandas, figuró este punto de libertad y elección al tiempo de los contratos y obligaciones queriendo que el acreedor se precaviese con el pacto de que el deudor se hubiese de someter al fuero y jurisdicción de aquel, por cuyo medio salía de la necesidad de buscar al reo

en su fuero, y quedaba seguro de que cuando éste le quisiese reconvenir, lo hubiese de hacer en el del actor: *ibi. n. 17 Sed inhilominus salvando communem expositionem, considerandum est, quod ideo actor dicitur eligere Judicem rei, quia tempore contractus potuit facere, quod reus renuntiaret proprio foro; quod eum non fecerit, videtur voluisse id quod jus in eo casu disponit: et sic in hoc sensu dicitur elegisse Judicem rei, coram quo eum conveniat*.

17. El Sr. Gonzalez en la esposición del *cap. 1. de Mutuis petit.* adopta el mismo pensamiento de Barbosa, y atribuye la libertad de la elección al contrato, en cuya celebración fué libre el actor, y lo debe ser en sus consecuencias.

18. Sin embargo de que estas opiniones tan autorizadas preocuparon á otros muchos que las siguieron sin discernimiento, me parece que la razón de equidad en que se fundó la sentencia de Papiniano, que admitieron después los Emperadores, consiste en la aprobación que hace el actor del Juez del reo, ante quien pone su demanda, considerándolo en este acto por justo, íntegro y de todas las prendas recomendables que aseguran la administración de justicia; pues sería cosa indigna y muy reprobada en el derecho que refutase al mismo Juez en la reconvencción del reo, á no ser por alguna causa superveniente á su aprobación en el tiempo de la demanda.

19. La regla de que el actor debe buscar el fuero del reo para demandarle, es cierta; pero no está ligado á proponer su acción ante el Juez ordinario que le sea sospechoso, lo cual sería cosa durísima: *ley 22, tit. 4, Part. 5 ibi: «E porque es mucho peligrosa cosa de aver ome su pleito delante del Jgador sospechoso:» cap. 5 ext. de Exceptionib. ibi: cum periculosum sit coram suspecto judice litigare*. Para ocurrir, pues, á este grave inconveniente, franquean las leyes dos remedios: el uno pedir al Rey ó al Consejo, como se hace frecuentemente; que se nombre un Juez imparcial en el fuero del mismo reo, ante quien pueda usar de su acción mediante no po-

derlo hacer ante su ordinario por las causas de sospecha, que debe espresar y justificar á lo menos con su juramento, y que parezcan probables al tribunal superior que ha de espedir la comision y nombramiento de nuevo Juez.

20. El segundo remedio que compete al actor antes de introducir su demanda siendo el Juez ordinario del reo sospechoso, y no habiendo otro competente en aquel territorio, es el de introducir la en el Consejo ó Chancillerías por caso de corte, atendidas las circunstancias que indica la *ley 21, tit. 5, lib. 2 de la Recop.*, y en otros casos que estiman los tribunales superiores especialmente el Consejo deber radicarse en ellos las causas civiles en primera instancia para que la justicia sea espedida y se administre con integridad y sin respetos humanos: *ley 21, tit. 4, lib. 2 de la Recop. ibi:* «Y los otros, que por algunos respetos nos pareciere, que se deban retener en el nuestro Consejo: *ley 22 siguiente ibi:* «Mandamos que los del nuestro Consejo tengan poder, y jurisdiccion, cada que entendieren que cumple á nuestro servicio, y al bien de las partes, para conocer de los tales negocios, y los ver, y librar, y determinar simplemente, y de plano, y sin estrépito y figura de juicio, solamente sabida la verdad.» Y no usando el actor de estos medios legales, esplica su libertad y eleccion á favor de la justificacion, integridad y buenas prendas del Juez del reo, ante quien pone su demanda, y dicta de consiguiente la equidad y la razon que reciba su arbitrio y determinacion en los negocios propios si fuere demandado por el reo.

21. En la citada disposicion de Papiniano, que es la primitiva á que se refieren las otras, no hay palabra que esplice, ni aun indique por causa de su disposicion la eleccion del actor acerca del Juez, porque las dos que incluye *ibi: observat arvitrium*, son adaptables con mayor propiedad á que quiere estar y pasar por la sentencia, que diese mediante el reconocimiento que hace de la integridad y justificacion de aquel Juez, ante quien puso su demanda; pues aunque estaba necesitado de buscarle en el

fuero del reo, podia hacerlo ante aquel que no le fuese sospechoso; verificándose de consiguiente que no se ha de buscar la voluntad ó eleccion del actor en los contratos ó cuasi contratos celebrados con el reo, como quieren unos, ni en que buscarse aquel el Juez del reo, sino en que lo hallase sin sospecha en la administracion de justicia.

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

23. La esperiencia de estos sucesos llamó toda la atencion de los Príncipes y de los Magistrados para atajar tan graves daños, que es uno de los objetos primitivos de su institucion y officio: *ley 2 y siguientes, tit. 2, lib. 2 de la Recop.:* Bobadilla *lib. 3, cap. 14 a n. 77:* Larrea *decci. 4, n. 8:* Gonzalez *in cap. 5 de Dolo et contum, cap. 3, n. 7 Nachen, de Justi. in litib. vulnerat. cap. 1: et cap. 5 de Dolo et contum.:* *cap. 1 de Appellationib. in Sex.:* *Clement 2 de Judiciis.* Y para esto no pudieron hallar medio mas oportuno que el establecido por las citadas leyes de que el que es reo en la primera demanda, y quiere producir la suya contra el mismo actor, lo ha-

ga ante el Juez del propio fuero que empezó á conocer de la primera instancia reduciendo los dos procesos á uno, y haciéndose la defensa mas espedita al reo que tomaba las partes de actor en la nueva demanda, pues la radicaba en su propio fuero, y se conseguia la igualdad en la duracion de las dos instancias determinándose en una sola sentencia por el órden con que se habian introducido.

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

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

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

27. Si el reo que fué primeramente demandado en su fuero tuviese al Juez por sospechoso, se le auxilia por el medio la recusacion, y el de que pida otro Juez libre de recelos para las dos partes; el cual se le dará dentro de aquel propio fuero ante quien podrá introducir su demanda, y se unirá á ella la que an-

tes estaba propuesta por el actor con el fin indicado de que se proceda en las dos á un mismo tiempo, y se determinen con una sola sentencia á beneficio del público y de las partes, debiendo observar el reo el término de veinte días que se le señalan en el citado *cap. 2, § 1 de la Novela 96*, para esplicar las sospechas y los recelos que tenga del Juez antes de contestar la primera demanda: porque la contestacion induce aprobacion del mismo Juez, y no podria tenerle despues por sospechoso á no ser por alguna causa superveniente, que debe alegar, jurar y probar.

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

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