

ma observacion consiste en que despues de la inhibicion el Juez superior repone inmediatamente como atentado cuanto hubiese obrado el inferior despues de ella.

43. Acevedo en la *ley 2, tit. 17, lib. 4, n. 8*, dice: que ya se proponga y siga la nulidad ante el Juez mismo que conoció de la causa principal, y dió la sentencia, ó ya ante el superior, se impide y suspende el curso de los dias señalados para apelar, concurriendo dos calidades: una que la nulidad se intente dentro del mismo término de la apelacion; y otra que haya justa y probable causa para introducirla y seguirla, y que no se haga con temeridad y ánimo de dilatar la causa principal; pues unidas las dos circunstancias de haberse propuesto la nulidad dentro del término señalado para apelar, y hacerlo con causa probable, aun cuando sucumba en este juicio, y se declare que la sentencia no contiene la nulidad que pretendia, puede no obstante interponerse despues la apelacion de la citada sentencia principal.

44. Scacia es del mismo dictámen en lo principal; y en las dos calidades de proponerse la nulidad dentro del término de la apelacion, y tener causa probable en que se funde. Así lo esplica en diferentes partes, señaladamente en la *q. 12 de Appellationib. n. 61*, en los términos siguientes: *Numquid si fuerit dictum de Nullitate infra decem dies, eaque nullitate pendente, labantur decem dies ad appellandum, possit adhuc appellari post lapsos decem dies; quia pendente iudicio nullitatis non currit tempus ad appellandum*, y al *núm. 169* añade: *Si aliquis, agendo principaliter de nullitate, dicat sententiam nullam quia pendente causa nullitatis non currit tempus decem dierum ad appellandum, quamvis agens succumbat, dummodo non egerit calumniose de nullitate, aut ex causa improbabili: secus si calumniose aut ex causa improbabili, quia tunc curreret tempus; nam temeritas sua non debet ei prodesse*. Lo mismo repite en la *q. 15, art. 3, n. 91*, y en la *q. 19 remed. 1, concl. 4, n. 20*; y del mismo modo esplicó su dictámen en este artículo y en

cuanto á sus efectos Vantius *de Nullitat. tit. 8, p. 2. nn. 12, 13 y 14*.

45. Don Francisco Salgado *de Reg. p. 4, cap. 3*, trató de intento y con mucha estension de los procedimientos de los Jueces ejecutores mixtos ó meros; y distinguiendo con toda propiedad los agravios cualificados, que causan cuando exceden de su potestad, de los que llama simples ó de injusticia dentro de los límites de su jurisdiccion, procede á señalar los medios de reparar ó enmendar sus excesos, y pone en primer lugar el de la querrela ó recurso de exceso, que considera equivalente en todos sus efectos al de nulidad intentada como accion principal, repitiendo muchas veces esta proposicion como supuesto de su doctrina, especialmente á los *nn. 150, 159, 229 y siguientes*. Y á la verdad no podia menos de conocer este autor que el exceso y la nulidad eran una misma cosa: porque el Juez, que excede de su potestad y jurisdiccion, obra como privado, y es uno de los defectos capitales para convencer de notoria la nulidad de sus procedimientos.

46. A este intento y en demostracion de este principio, se esplicó el Jurisconsulto Paulo en la *ley 20, ff. de Jurisdiction. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere*. La misma sentencia se repite en la *ley 1 Cod. Si à non compet. judic.*

47. Supone tambien el mismo Salgado en repetidos lugares del citado *cap. 3*, que la sentencia ó providencia que da el Juez ejecutor es apelable y susceptible de nulidad, pudiendo usarse de los dos medios separadamente al mismo tiempo; y con estos preliminares se propone la duda de si introducida la querrela de exceso ó nulidad de lo obrado por el ejecutor, y pendiente la causa ó juicio de este artículo, correrá el tiempo señalado para apelar de la injusticia ó simple gravámen que contenga dicha sentencia, ó si quedará desde aquel tiempo suspenso, y podrá usar de este remedio cuando pierda en el de la nulidad ó exceso.

48. A esta duda responde Salgado con resolucion positiva que no corre el tiempo de la apelacion, y que se suspende: *ibi: Interim terminum ad appellandum á simplici gravamine non currere, sed potius suspendi.* Omite este auto esponer en comprobacion de su dictámen muchas cosas que se le ofrecian, y se satisface y asegura en él con el sólido fundamento que refiere en el siguiente n. 131, *ibi: Moveor eo validissimo fundamen'o, etenim generaliter verum est, quod agenti de nullitate sententiæ non currit tempus decem dierum ad appellandum ab ejus injustitia, quamvis agens succumbat, dummodo calumniose nullitas non intentetur, aut ex causa evidenter improbabili.* En este mismo lugar refiere Salgado los autores que estiman por comun esta opinion, como si dijera que sigue este camino porque lo anduvieron otros.

49. Resumiendo lo que con tanta generalidad, obscuridad y confusion han espuesto los autores citados, haciendo por el número de sus opiniones que llegase á ser comun, no he podido conformarme con ella ni convencer mi entendimiento de que su observancia traiga alguna utilidad á la causa pública ni á las partes; antes bien hallo gravísimos perjuicios que desearia se enmendasen por aquellos medios mas sencillos, espeditos y de menos gastos.

50. Esta proposicion en que eonsiste mi dictámen contiene dos partes: en la primera indicaré los perjuicios que concibo en que siga la opinion de que propuesta la nulidad ó querella de exceso se suspenda, y no corra el término de la apelacion; y en la segunda manifestaré los medios de enmendarlos con grandes ventajas de la causa pública, y de las mismas partes que litigan.

51. Yo supongo que la opinion, que llaman comun los referidos autores, no se funda en ley alguna del reino; pues ninguna hay, ni ellos la enuncian, en que se disponga ó declare que el juicio de nulidad impida el curso de la apelacion, y haga dormir la jurisdiccion en la causa principal; y esta omision, aunque solo forma un argumento negativo, es de alguna autoridad á vista de

que las mismas leyes del reino proveen lo conveniente en orden al tiempo en que debe proponerse la nulidad al Juez que puede conocer de ella: en cuanto á que de la sentencia que se diere no pueda interponerse otra nulidad, aunque pueda admitirse apelacion; y por último disponen que estos juicios procedan y se substancien por un orden comun, haciendo otras declaraciones correspondientes á las sentencias del Consejo; y es de inferir, cuando están tan diligentes en prevenir lo que debe observarse en estos juicios de nulidad, que hubieran tambien declarado si desde que se interpone impedia el término de la apelacion, y lo suspendia hasta que se acabase el referido juicio, habilitando desde entonces si perdia aquella instancia, al que la habia introducido para que pudiera usar de la apelacion, y enmendar por este medio la injusticia ó agravio que le producía la sentencia dada en la causa principal.

52. Es cierto que la opinion de muchos debe mirarse con respeto; pero no tanto que impida buscar contra ella la verdad, como lo advirtió y observó San Agustin *lib. 3 de Baptism. cap. 3. Nec nos deterret cujuscumque Doctoris etiam sublimis auctoritas, ut contra illam veritatem non indagemus.*

53. La apelacion es un beneficio que segun naturaleza y por humanidad conceden los Reyes á los que se consideran ofendidos ó agraviados por iniquidad ó ignorancia de los Jueces; y al mismo tiempo gozan de este auxilio para suplir y enmendar lo que las mismas partes omitieron en las instancias precedentes, pudiendo alegar y probar lo que no alegaron y probaron en ellas. Esto es lo que substancialmente disponen las leyes acerca de las apelaciones y sus fines, señaladamente la 1, *tit. 23, Part. 3:* la 1, *tit. 18, lib. 4:* la 4, *tit. 9, lib. 4 de la Recop.:* la 4, *tit. 10, Part. 7,* con las *leyes 1 ff. de Appel.* y la 6, § 1, *Cod. eod.*

54. Este beneficio de la apelacion no se da al que no le quiere, ni tampoco basta quererle para gozarle; sino que es preciso que esplice su voluntad en el tiempo y forma que señalan las mismas leyes. Esta esplicacion ó declaracion de la voluntad se

hace con palabras ó con hechos, y ni uno ni otro se halla en el caso de que se trata. No hay en este caso palabras, porque no se apeló, siendo este el supuesto de la cuestion; pues estaríamos fuera de ella si se hubiera apelado al mismo tiempo, en que se propuso la nulidad, ni podria haber duda en que se radicaria entonces este auxilio, y podria la parte usar de él, y continuarle en tiempo oportuno. El caso está reducido á una querrela de nulidad y exceso independiente y solo; y de este hecho tampoco puede inferirse que la parte quiera usar despues de la apelacion: porque ni es consiguiente de ella la nulidad, ni es antecedente necesario por donde se haya de venir á la apelacion, que son los dos medios de donde se deduce la voluntad cuando no se esplica.

55. Confirmase este pensamiento, y se aleja mas de que se entienda ó presuma que el que usa solamente de la nulidad quiera reservar la apelacion, por otro principio sólido reducido á que estando en su mano esplicar con tanta facilidad la voluntad de apelar de aquella sentencia, y pudiendo hacerlo al mismo tiempo con una sola palabra diciendo que era nula, y que aun cuando fuese alguna apelaba, le coge de lleno el axioma, *si voluisset, expresisset*; y el otro que dicta que los pactos y condiciones que uno pudo poner con claridad, y dejó en obscuridad y duda, se deben interpretar y entender contra el mismo que como autor pudo darles la ley.

56. La causa y los fines de la nulidad son diversos de los que producen y justifican la apelacion; pues aquella consiste en la inversion del órden público, que prescriben las leyes por forma substancial de los juicios para habilitar y mantener la natural defensa de las partes; y cuando el Juez falta á estos preceptos de la ley, obra con exceso y nulidad, y el objeto del que se querrela de tales procedimientos, es que se repongan, y se estimen como si no se hubieran hecho.

57. La apelacion, aunque se guarde el órden público de los juicios, se justifica con no haberse distribuido el derecho privado á quien le correspondia, y su fin es enmendar este agravio

sín tocar en la nulidad del proceso, antes bien suponiendo su legitimidad.

58. ¿Qué influjo pues podrán tener entre sí estos dos recursos de nulidad y de apelacion si en todas sus partes son diversos? Los que hallasen alguna razon mas poderosa para inclinarse á la opinion que llaman comun, y convencerse de que la nulidad propuesta como principal detiene por sí sola, y suspende los dias señalados para apelar de la injusticia y simple gravámen de la sentencia, tocarán necesariamente los daños que produciria esta práctica á la causa pública y al derecho de las partes, y que es contraria á la letra y al espíritu de las leyes del reino.

59. Acabado el juicio de nulidad por todas aquellas instancias que permiten las leyes, y quedan espresadas, y declarándose que la sentencia dada en la causa principal no contiene la nulidad que se propone, que es el supuesto para usar despues de la apelacion en el término, que segun la citada opinion comun quedó suspenso, procede este beneficio y auxilio en el concepto y con la precisa condicion de haberse introducido el juicio de nulidad principal y separadamente con causa y razon probable, y no por temeridad, fraude ó malicia.

60. Por consecuencia debe probar y acreditar el que en este caso quiera usar de la apelacion la calidad y condicion que le sirve de fundamento; esto es, que se movió á introducir el juicio de nulidad con justa y razonable causa; y como el conocimiento se ha de tomar del proceso principal, y es verosímil que el que obtuvo la sentencia en la causa y en el juicio de nulidad, contradiga el intento del que quiere apelar, negando que hubiese tenido causa justa y razonable, y alegando á mayor abundamiento que usó de aquel efugio con fraude y malicia para dilatar la causa principal y la ejecucion de la sentencia dada en ella, seria necesario seguir este nuevo juicio por todos los trámites ordinarios hasta calificar con una ejecutoria que la nulidad se habia intentado con probabilidad de razon y de justicia, aunque el suceso de haber perdido aquella instancia acreditase el mas sólido

fundamento á favor de la otra parte; resultando de aquí que de la causa principal, en que fué dada la sentencia, nacen dos nuevas instancias que se habian de concluir antes de usar de la apelacion; y esto á la verdad se opone á la diligencia con que se interesan todas las leyes por la brevedad de los pleitos, restringiendo los términos en todo el progreso de ellos empezando desde la contestacion hasta la misma sentencia definitiva, y precaviendo por todos los medios posibles las dilaciones que promueven las partes.

61. A mas de las muchas leyes que se han referido en estas *Instituciones* en confirmacion de lo que se interesa la causa pública en que se atajen y disminuyan los pleitos, ó se acaben con ja mayor brevedad, conduce mas particularmente al intento y caso de que se trata la ley 52, tit. 5, lib. 2, que teniendo consideracion á los grandes daños que resultan de hacerse en general la condenacion de frutos, señala por el mas principal de ellos que remitiéndose la liquidacion á contadores se siguen muchos gastos á las partes, «porque de nuevo se torna el pleito sobre la liquidacion en que se tornan á dar otras sentencias de vista y revista;» y para evitar estos perjuicios manda: «Que los Oidores en las sentencias que dieren, en que haya de haber condenacion de frutos, los tasan y moderen por lo que de las probanzas resultare, sin remitirlo á contadores, y que esto se publique para que los Letrados y las partes hagan sobre ello las probanzas que les convengan.»

62. No escluye esta ley á los contadores en el caso de que hubiesen de liquidar los frutos, sino que pone remedio para que no haya tal necesidad, porque de la liquidacion de los contadores, ó de la estimacion que hiciesen cualesquiera otros peritos ó testigos, resulta por lo comun un nuevo pleito en que hacen grandes gastos las partes, y producen otros daños á la causa pública, indicando como medio mas oportuno para precaverlos el que los letrados y las partes en las instancias, en que pidan condenacion de frutos, articulen y prueben al mismo tiempo en la causa prin-

cipal el valor y estimacion de ellos; pues con este antecedente podrán cumplir los Oidores con el precepto que les impone la ley de tasar y moderar determinadamente en la misma sentencia de la causa principal la cantidad y estimacion de frutos de la condenacion.

63. Lo mismo persuaden y convencen las leyes 2 y 4, tit. 17 lib. 4; pues la primera dispone que introducida la nulidad en los sesenta dias que señala, si fuere dada sentencia sobre ella, no se pueda alegar nulidad contra esta sentencia, y solo se permite el que se apele y suplique de ella, prohibiendo que contra las sentencias que se dieren en estas instancias se ponga ó alegue excepcion de nulidad; «y esto porque los pleitos ayan fin.»

64. En la citada ley 4 se manda que en los negocios que estuviesen pendientes en el Consejo y Audiencias por grado de suplicacion ordinaria ó por la segunda suplicacion de la ley de Segovia, si se alegare nulidad de las sentencias en cualquiera manera que aquella sea, se reserve el determinar sobre la dicha nulidad hasta hacerlo juntamente con el negocio principal, «y no se cause, ni haga, ni forme juicio aparte para la sentenciar, y determinar sobre sí y apartadamente.»

65. Aunque esta disposicion trata de las sentencias que se dan en el Consejo y Audiencias, se funda en una razon general que conviene admitir y seguir, guardando la proporcion posible en los demas tribunales del reino, para que no se multipliquen los pleitos formándose apartadamente sobre los puntos, que sin ofensa de las partes y de su justicia se pueden unir y determinar en un juicio y sentencia.

66. Antes de ampliar este pensamiento con nuevas consideraciones, conviene hacer memoria de la ley 22, tit. 4, lib. 2 que á primera vista parece opuesta á la enunciada ley 4, tit. 17, lib. 4; pues aquella dice que de las sentencias y determinaciones que dieren los del Consejo, «no aya lugar á apelacion, ni agravio, ni alzada, nulidad, ni otro remedio, ni recurso alguno, salvo suplicacion para ante Nos, para que se revea en el dicho nuestro Con-

sejo.» Esta letra que está escluyendo la nulidad se entiende que lo hace de aquella nulidad apartada que se intentase en juicio separado, suspendiendo la suplicacion para la revista y sentencia de la causa principal; pero bien se puede proponer y hacer mérito de la nulidad, que contenga la sentencia de vista, al mismo tiempo que se propongan y aleguen los agravios de su injusticia para que se consideren y motiven en la misma sentencia; y lo mismo la de revista cuando se trata de la causa principal en el grado de segunda suplicacion.

67. Si la nulidad se propone al mismo tiempo que la apelacion en la forma y método que se ha explicado para que una y otra guarden el concepto de principales, independientes y separadas en su ingreso, en su continuacion y en sus respectivos fines, se devuelve desde luego toda la causa principal al Juez superior en fuerza de la apelacion, llevando tras de sí el conocimiento de la nulidad al mismo tribunal superior; y este es el primer efecto favorable que produce la union de estos dos recursos. de que hablan largamente los autores que se han citado en este capítulo, los que refiere Salgado comprobando la misma opinion en la *part. 4, cap. 5 de Reg. n. 251 al 242.*

68. El segundo efecto mas ventajoso, que resulta de la union de estos dos remedios, consiste en que los procedimientos que hiciese el Juez despues de haberse introducido, aun sin esperar la inhibicion, se gradúan de atentados, y se reponen inmediatamente como nulos; y esto no se lograria por el primer medio de usar de la nulidad separadamente, como lo esponen los mismos autores citados.

69. El tercer efecto favorable se funda en que la apelacion en el caso de no deferir á ella el Juez, y proceder sin embargo *ad ulteriora*, prepara la fuerza del Juez eclesiástico, y á esto no alcanza la nulidad por sí sola.

70. El cuarto y mas principal favor de la union de estos dos recursos estriba en que conociéndose en el mismo tribunal superior juntamente y por los propios trámites del mérito y justi-

ficacion de uno y otro, y comprendiéndose su decision en una misma sentencia, se logra que con las dos de vista y revista se acabe el pleito en todo, y se escusan seis instancias mas: las tres sobre la nulidad sola, cuando se ha empezado ante el Juez ordinario que dió la sentencia; y las tres restantes sobre si ha lugar á la apelacion por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuvieron las leyes en tan alta consideracion para buscar medios de evitar pleitos, y reducirlos al menor número posible, queda demostrado quanto interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

71. Podrá decirse en oposicion de lo referido que cuando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el Juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion, que le concede la *ley 2, tit. 26, Part. 3*, de proponer la nulidad ante aquel mismo Juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

72. Yo entiendo por lo que va espuesto que nada pierde la parte en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el Juez inferior, y que gana mucho en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes posteriores que se han citado; y cuando necesitase de alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la *ley 4, tit. 17, lib. 4* acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias, que se dieren en el Consejo ó Audiencias, se entendiese y estendiese á las de los demas Jueces, reservándose tratar y determinar sobre la nulidad juntamente con el negocio principal, sin permitir que se cause, haga, ni forme juicio aparte para sentenciarla y determinarla sobre sí y apartadamente.

73. Y prescindiendo de si la ley de *Partida* se puede considerar derogada por la posterior de la *Recopilacion*, aun cuando se entendiese subsistente, tendria yo por irracional, fraudulento y malicioso el recurso de nulidad apartada por el solo he-

cho de introducirlo y proponerlo ante el Juez que dió la sentencia; y estimaria sin otro conocimiento ni exámen del proceso que no debia aprovecharle el término de la apelacion, que segun la opinion de los autores citados queda suspenso.

74. De la nulidad que viene por incidencia de la apelacion, y de la que se propone como excepcion, se tratará mas oportunamente en los capítulos siguientes.

**CAPÍTULO II.**

*De las apelaciones y sus efectos.*

1. Hay otra manera de reparar la parte que se sintiere agraviada el daño, que hubiere recibido en la sentencia, cual es apelar de ella al superior del Juez que la pronunció para que la reponga y mejore.

2. Cuan necesaria sea la apelacion, y cuan grande y general el bien que trae al mundo, á mas de que lo dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma esperiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmiendan los Jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia ó malicia, ya sea juicio acabado, ó cualquier otro sobre cosa que acaezca en pleito: sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos, que puedan haber tenido las mismas partes que litigan en alegar y probar los hechos de su justicia: igualmente aprovecha para preservarse de las injusticias y agravios que harian los Jueces, si entendiesen que por otro no se podian descubrir, ni corregir; y últimamente llena de satisfac-

cion á los interesados, viendo que por el juicio de muchos Jueces se declara su justicia.

3. Las leyes nos presentan una idea clara y exacta de la apelacion: la 1. ff. de Appellat. empieza así: *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat*: la 1, tit. 25, Part. 5. «E tiene pro el Alzada, cuando es fecha derechamente, porque por ella se desatan los agraviamientos que los Jueces hacen á las partes torticeramente, ó por non lo entender,» y la 1, tit. 18, lib. 4 de la Recop. ibi: «Porque á las veces los Alcaldes y Jueces agravian á las partes en los juicios que dan, mandamos que cuando el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar:» San Bernardo lib. 3 de Consideration. ad Eugen. cap. 2. *Fateor grande, et generale mundo bonum esse appellationes; idque tam necessarium, quam solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol justitiæ prodens, ac redarguens opera tenebrarum.*

4. De la omision de las partes que litigan, y del medio de suplirla alegando y probando ante el superior lo que no hicieron en el juicio anterior, disponen lo conveniente la ley 6, § 1, Cod. de Appellat. ibi: *Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omisum; apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur.* Lo mismo se dispone en la ley 4, Cod. de Tempor. et reparationib. appellat; y con mayor claridad se esplican en este punto todas las leyes del tit. 9, lib. 4 de la Recop., limitándose en la 4 que la prueba de testigos no se proponga, ni admita sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fueron traídos ó recibidos testigos, para evitar que los sobornen y corrompan, y se hagan probanzas falsas; pero deja espedita la facultad de presentar escrituras sobre los mismos artículos, ó los que son contrarios