

DAD
CIÓN

ROA PARCENA.

PRÁCTICA CIVIL FORENSE

MEXICANA.

KQ517

.M6

M3

C.1

011529

LIBRERIA GENERAL
de
EUG. MAILLEFERT
- MEXICO -



1080022741



EX LIBRIS
HEMETHERII VALVERDE TELLEZ
Episcopi Leonensis

Este Manual del Lit. D. Rafael
el Porcena es de oro, q. a ven-
taja y se acompaña con el de
García a q. también debe
acompañar, no solo p. los
nuevos Abogados, sino p.
todos los del foro, p. su pua-
to con los Claveros Comini-
taristas y expositores de la
Jurisprudencia p. comentar.

El autor de esta obra se reserva su propiedad, y nadie
podrá imprimirla sin su consentimiento.

En un caso dado: p.
aquí se aprende la práctica
y la teoría del foro. Nueva
1862

J. M. Gómez
de León

MANUAL RAZONADO

DE

PRACTICA CIVIL FORENSE MEXICANA.

OBRA ESCRITA POR UN ABOGADO DE LOS
TRIBUNALES DE MEXICO, Y DEDICADA
A LOS ESTUDIANTES DE DERECHO.

MEXICO—1859.

IMPRESA DE J. M. AGUILAR Y CA.
1ª calle de Santo Domingo número 5.

UNIVERSIDAD DE LEÓN
Biblioteca Valverde y Telles

KQ 517

M6

M3



FONDO EMETERIO
VALVERDE Y TELLEZ



Capítulo
Biblioteca Universitaria

1931
1931

INTRODUCCION Y PLAN DE LA OBRA.

La verdadera mision del abogado en el seno de las sociedades humanas, consiste en hacerse ministrar pronta justicia en favor del miserable y del agraviado que le confian su suerte, y como el instrumento de que se valen los tribunales para administrar esta justicia, consiste en los juicios, nadie debe conocer mejor que el abogado los procedimientos de dichos juicios, y hasta los últimos pormenores de que se pueda echar mano para la defensa, pues hemos visto repetidas veces que un golpe que parecia insignificante, dado á tiempo y con oportunidad, basta para echar por tierra al adversario, haciendo fulminar en su contra el fallo solemne de los tribunales. Luego el principal estudio del abogado deberá consistir en la práctica de los juicios.

La verdad es que entre nosotros falta una obra completa, compendiada y propia, para que los cursantes de derecho puedan estudiar en ella la práctica de los juicios en el foro mejicano; y aunque tenemos muy buenas doctrinas sobre la materia, y

011529

KQ 517

M6
M3



FONDO EMETERIO
VALVERDE Y TELLEZ



Capítulo
Biblioteca Universitaria

1931
1931

INTRODUCCION Y PLAN DE LA OBRA.

La verdadera mision del abogado en el seno de las sociedades humanas, consiste en hacerse ministrar pronta justicia en favor del miserable y del agraviado que le confian su suerte, y como el instrumento de que se valen los tribunales para administrar esta justicia, consiste en los juicios, nadie debe conocer mejor que el abogado los procedimientos de dichos juicios, y hasta los últimos pormenores de que se pueda echar mano para la defensa, pues hemos visto repetidas veces que un golpe que parecia insignificante, dado á tiempo y con oportunidad, basta para echar por tierra al adversario, haciendo fulminar en su contra el fallo solemne de los tribunales. Luego el principal estudio del abogado deberá consistir en la práctica de los juicios.

La verdad es que entre nosotros falta una obra completa, compendiada y propia, para que los cursantes de derecho puedan estudiar en ella la práctica de los juicios en el foro mejicano; y aunque tenemos muy buenas doctrinas sobre la materia, y

011529

II

muchas leyes sobre administracion de justicia, todas andan diseminadas acá y allá, y por principio de cuentas el pasante necesita un caudal para hacerse de los libros mas indispensables al estudio de su profesion. Hay además que observar otra circunstancia, y es que los autores que han escrito sobre derecho, ó se han ocupado solo de la parte teórica, ó si trataron tambien algo de la práctica, fué con suma estension, y siguiendo un método que no es el mas propio para la enseñanza.

En vista de estas dificultades, concebí el proyecto de escribir una obra que solo tuviera de original el método de ella, y en la que estuviesen reunidas la teórica y la práctica de los juicios, con arreglo á nuestro foro, así para ahorrar á los pasantes la necesidad de recurrir á multitud de obras estensas y costosas al hacer su estudio, como para presentarles en esqueleto, digamos así, el todo de sus investigaciones, dirigiéndoles al mismo tiempo en la marcha de ellas y en la manera debida de consultar las leyes.

Atendidos estos antecedentes, se comprenderá el intento y el plan de esta obra. Las doctrinas que en ella espongo, se fundan en leyes terminantes y vigentes, y cuando éstas faltan, apelo á las opiniones de las mejores autoridades, como el Febrero, la Curia, la obra del Sr. Peña y Peña, sobre práctica forense, el Sala mejicano, y otras obras que

III

tratan muy bien la materia. No se estrañe, por lo mismo, ni se atribuya á plagio el que en esta obra haya trozos enteros del testo de dichas autoridades, porque repito que nada hay aquí original, si no es el órden y el modo de tratar las materias.

El plan que he seguido en este libro es el mas sencillo que pude hallar. El punto capital es el de juicios, y como éstos se dividen, en cuanto á los procedimientos, en ordinarios, el ejecutivo, sumarios y sumarísimos, me pareció bien seguir este órden, dividiendo la obra en otros tantos libros, y dando antes en uno separado, algunas nociones sobre nuestros códigos y sobre la organizacion y atribuciones de nuestros tribunales.

En consecuencia, dividí la materia en seis libros. El primero trata del conocimiento de las leyes en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios, dándose tambien idea de los tribunales mejicanos hasta el año de 1859. El segundo libro trata de los juicios ordinarios; el tercero del juicio ejecutivo; el cuarto de los juicios sumarios; el quinto, de los juicios sumarísimos y de las providencias precautorias; y el sexto, de los recursos extraordinarios.

Toda la materia de esta obra pertenece á lo civil, pues los juicios criminales exigen un tratado aparte, así por la estension de lo que puede decirse

IV

sobre ellos, como para evitar la confusion que resultaria de mezclar dos materias tan distintas.

Creo que si ha habido mucho atrevimiento por mi parte al cambiar el orden que se ha seguido hasta aquí en la enseñanza de los elementos del derecho, y si no ha conseguido que este cambio sea un nuevo adelanto, soy al menos acreedor á la indulgencia de mis compañeros, si se atiende al buen fin que llevé en la empresa. Acaso se sienta animado alguno de ellos á mejorar este pequeño esfuerzo con una obra digna de ser presentada en nuestro foro y estudiada en los colegios.

El Autor.

Manuel de los Rios

LIBRO PRIMERO.

Este libro está dividido en dos secciones. En la primera se trata del conocimiento de las leyes civiles y canónicas, en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios; y en la segunda se dá una ligera idea de la organizacion y atribuciones de los tribunales de justicia de Méjico, hasta el año de 1859.

SECCION PRIMERA.

Sobre el conocimiento de las leyes en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios.

Es de absoluta necesidad que todas las determinaciones judiciales se apoyen en leyes referentes á la materia de que se trata en los juicios. Es igualmente cierto que los alegatos y razones que esponen los litigantes, para asegurar y probar sus derechos, son los que determinan al juez á fallar en pro ó en contra, atendida la justicia que les asiste, y es tambien ciertísimo que el abogado y el juez, uno como director del negocio, y el otro co-

IV

sobre ellos, como para evitar la confusion que resultaria de mezclar dos materias tan distintas.

Creo que si ha habido mucho atrevimiento por mi parte al cambiar el orden que se ha seguido hasta aquí en la enseñanza de los elementos del derecho, y si no ha conseguido que este cambio sea un nuevo adelanto, soy al menos acreedor á la indulgencia de mis compañeros, si se atiende al buen fin que llevé en la empresa. Acaso se sienta animado alguno de ellos á mejorar este pequeño esfuerzo con una obra digna de ser presentada en nuestro foro y estudiada en los colegios.

El Autor.

Manuel de los Rios

LIBRO PRIMERO.

Este libro está dividido en dos secciones. En la primera se trata del conocimiento de las leyes civiles y canónicas, en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios; y en la segunda se dá una ligera idea de la organizacion y atribuciones de los tribunales de justicia de Méjico, hasta el año de 1859.

SECCION PRIMERA.

Sobre el conocimiento de las leyes en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios.

Es de absoluta necesidad que todas las determinaciones judiciales se apoyen en leyes referentes á la materia de que se trata en los juicios. Es igualmente cierto que los alegatos y razones que esponen los litigantes, para asegurar y probar sus derechos, son los que determinan al juez á fallar en pro ó en contra, atendida la justicia que les asiste, y es tambien ciertísimo que el abogado y el juez, uno como director del negocio, y el otro co-

mo el árbitro encargado de su resolución, conozcan á fondo la ley que les ha de servir para el fallo del asunto en cuestion.

Esto exige naturalmente el conocimiento de nuestros códigos. Y en verdad que pocas naciones han de tener una legislación tan complicada como la mejicana. Planteadas aquí las leyes españolas despues de la conquista, formada luego una legislación especial para las Indias, por la misma nacion conquistadora de este suelo; dadas por las cortes españolas algunas leyes particulares á Méjico; hecha luego nuestra independenciam, que elevó este país al rango de nacion, dándola facultades para legislar con entera libertad, como lo hizo; formadas y decretadas multitud de leyes por los congresos, no solo generales, sino tambien por los de los Estados, en diversas épocas, y bajo diversas circunstancias é influjos políticos: todas estas variaciones, todas estas leyes y decretos, sancionados primero, y á poco andar derogados en todo ó en parte, no podian menos de acarrear una grandísima confusion en nuestros códigos.

En ninguna parte mas que en Méjico se resiente tanto la necesidad de formar unos códigos propios, para que la justicia se administre prontamente y sin entorpecimientos. Pero mientras no llega este caso, no podemos menos de conformarnos

con lo existente en materia de legislación nuestra, y debemos procurar el saber lo mas que se puede de ella.

No habiendo aún, como hemos dicho, un código completo y propio de Méjico, están aún vigentes muchas leyes españolas; y por lo mismo es de todo punto indispensable tener una idea de las colecciones de leyes españolas, para poder acudir á las fuentes y aplicar á los casos que ocurran, las leyes que nos sean necesarias y que falten en nuestro derecho patrio.

Los códigos españoles contienen:

El Fuero Juzgo, que es el mas antiguo de todos y fué publicado en el siglo VII.—Nada queda vigente de este código, dado en particular á Córdoba por el rey Fernando III.

El Fuero Viejo de Castilla, que fué dado en 1356, despues de la invasion de los moros en España, para arreglar las diferencias de los nobles.—No fué general ni está en uso.

El Fuero Real, que fué formado por mandato de D. Alonso X, en 1255, para arreglar la confusion de las leyes y hacer que éstas fuesen generales.—Se refundió en otros códigos posteriores.

Las Leyes del Estilo, que se publicaron á fines del siglo XIII, para corregir los defectos del Fuero Real.—Quedaron tambien refundidas en códigos posteriores.

Las Siete Partidas, que, comenzadas á formar por el rey D. Alonso el Sábio en 1255, no se sancionaron y publicaron hasta 1348 por D. Alonso XI. Las Siete Partidas se componen de siete libros correspondientes á las siete letras del nombre del autor. Como este código es uno de los que mas se citan en nuestra práctica, creo conveniente dar una ligera descripción de las materias que le componen. La primera partida trata de todas las cosas que pertenecen á la fe católica, que hace al hombre conocer á Dios por creencia. La segunda habla de los emperadores y de los otros grandes señores de la tierra, que la han de mantener en justicia y verdad. La tercera habla de la justicia y cómo se ha de hacer ordenadamente en cada lugar, por palabra de juicio y por obra de fecho, para desembargar los pleitos. La cuarta habla de los desposorios y de los casamientos. La quinta habla de los empréstitos, é de las vendidas, é de las compras, é de los cambios, é de todos los otros pleitos é posturas que hacen los omes entre sí, de qual natura quier que sean. La sesta habla de los testamentos y de las herencias. La sétima habla de todas las acusaciones é maleficios que los omes hacen, é que pena merecen haber por ende.

El Ordenamiento de Alcalá, que se publicó en 1348 por D. Alonso XI y que está refundido en la Nueva Recopilacion.

El Ordenamiento Real, que fué publicado en tiempo de los reyes católicos D. Fernando y Doña Isabel.—Tiene graves defectos, y aunque se dudaba de su fuerza legal, está vigente segun real cédula de 20 de Marzo de 1845, bien que su uso es casi ninguno.

Las Leyes de Toro, que fueron formadas en las cortes de Toledo en 1502, en tiempo de los reyes católicos, y publicadas en 1505 en la ciudad de Toro.—Están insertas en la Nueva Recopilacion.

La Nueva Recopilacion, mandada formar por Felipe II y sancionada por el mismo en 1567. A ésta se ha añadido un tomo intitulado: "Autos acordados del Consejo."—Este código se refundió en la Novísima Recopilacion.

La Novísima Recopilacion, que fué publicada en 1805, variando el método y órden de la anterior, y agregando otras leyes.—Este código está vigente en todo lo que no se oponga á nuestras disposiciones patrias ó á otras leyes posteriores.

La Recopilacion de Indias y las Ordenanzas de Intendentes.—El primer código fué formado para todas las colonias que tenia España en América en 1570, por el rey Felipe II, y concluido en 1680 bajo Carlos III. El segundo fué especial á la Nueva-España, hoy Méjico, y se formó en tiempo de Carlos III, que lo sancionó en 1686.—Es

tos códigos tienen disposiciones que pueden citarse siempre que no se opongan á nuestras leyes.

Los Autos acordados y Providencias de Nueva-España.—Esta coleccion, cuyo contenido se indica por el título, existe en una recopilacion en dos volúmenes, formada por los oidores Montemayor y Beleña.—Respecto á la autoridad de estas leyes, repetimos lo de la nota anterior.

Las Ordenanzas de Minería, publicadas en 1783 y derogadas en parte por las leyes de 7 de Octubre de 1823 y de 20 de Mayo de 1826.—Rigen hoy en todo lo demás concerniente á este objeto.

Los Decretos de las cortes de España. La revolucion de España dió lugar á la instalacion de las cortes extraordinarias de Cádiz en 1811, que disueltas en 1814, fueron restablecidas en 1820; y las leyes espedidas por dichas cortes hasta 1821, en que quedó consumada la independencia de Méjico, forman tambien parte de la legislacion que hoy rige. De esta coleccion se segregaron las disposiciones relativas á Méjico, y fueron publicadas luego en un tomo en 1829.—Están vigentes en lo relativo á este último país, y con tal que no se opongan á nuestras leyes patrias.

Seria muy prolijo describir y dar una idea de las muchas disposiciones legislativas que han di-

manado de los innumerables cambios de gobierno habidos desde nuestra independencia hasta aquí. Existen varias colecciones de estas leyes, aunque incompletas:

La de Galvan, que comprende solo los decretos dados hasta Abril de 1829, y que fué aumentada luego hasta 1832.

La de Arrillaga, que comprende los decretos desde 1829 hasta 1837, los del año de 1849 y una parte de los de 1850.

La coleccion de Navarro, que comprende los decretos dados de 1848 á 1856.

Las Pandectas hispano-mejicanas, formadas por el eminente letrado D. Juan Rodriguez de S. Miguel, y cuya coleccion abraza todas las leyes vigentes de la legislacion antigua y moderna.

La coleccion de Lara, que comprende los decretos dados por el gobierno desde fines de 1841 hasta 1843.

Fuera de estas leyes generales á la República, existen las legislaciones particulares de los Estados.

De manera que segun lo dicho, los asuntos que se ofrezcan en Méjico deberán decidirse:

- 1.º Por las disposiciones de los congresos mejicanos, en quienes reside el poder legislativo.
- 2.º Por los decretos de las cortes de España.

3. ° Por las últimas cédulas y órdenes posteriores á la edicion de la Novísima Recopilacion.
4. ° Por las Ordenanzas de Intendentes.
5. ° Por la Recopilacion de Indias.
6. ° Por la Novísima Recopilacion, en lo que sea anterior á los dos últimos códigos.
7. ° Por las del Fuero Real.
8. ° Por las de las Siete Partidas, sin que á falta de leyes patrias se pueda apelar al derecho romano ó á las opiniones de los intérpretes.

En los Estados deberá estarse primeramente á lo dispuesto por sus respectivas legislaturas. En segundo lugar, á las resoluciones de los congresos mejicanos primero y segundo, sin que se pueda echar mano de los constitucionales; pues sus disposiciones no pueden tener fuerza alguna con respecto á los Estados, sino en lo que se pueda legislar para toda la República.—En tercer lugar se ocurrirá á los decretos de las cortes de España, siguiendo luego el mismo orden indicado.

Las leyes principales que han regido y aun rigen la administracion de justicia en Méjico, son seis:

La ley de 9 de Octubre de 1812, decretada por las cortes de España.

La de 23 de Mayo de 1837.

La de 16 de Diciembre de 1853.

La de 23 de Noviembre de 1855.

La de 4 de Mayo de 1857.

La de 29 de Noviembre de 1858, que es la vigente.

Hay algunas leyes de organizacion de tribunales que deben tenerse presentes, como el reglamento para la suprema corte de justicia, publicado en Mayo de 1826.

Es de observarse aquí que de las seis leyes fundamentales de administracion de justicia que he citado, la primera es la que ha servido de base á todas las demás, de modo que la ley de 9 de Octubre de 1812, es como si dijéramos el tema, y las otras no han sido mas que variaciones sobre dicho tema. Regularmente causa alarma en nuestro foro el que se derogue una ley de administracion de justicia y se sustituya con otra; pero debe tenerse presente que cualquiera que sea la ley nueva, si está formada bajo ideas de orden, muy pocas innovaciones ha de hacer á las leyes antiguas, así es que, como se verá en esta obra, muy pocas veces hay que apoyar los procedimientos tan solo en la ley actual, pues las leyes nuevas mudan la organizacion principal de tribunales por lo comun.

En atencion á lo dicho antes, será muy útil que los pasantes, para que puedan conocer bien el orden de la administracion de justicia, examinen y estudien las leyes indicadas, comenzando por la primera, y será tanto mas útil este exámen, cuanto

que de todas las seis leyes dichas hay todavía vigentes muchas disposiciones que no se contradicen.

Me parece propio dar tambien aquí una ligera idea de los códigos en que se fundan los procedimientos en el foro eclesiástico por el roce que tienen con lo civil, y por ser necesario conocerlos en muchos casos. Las colecciones canónicas son:

El *Decreto*, que compone la primera.

Las *Decretales*, que forman la segunda.

El *Sesto* de las *Decretales*, que constituye la tercera.

Las *Clementinas*, que forman la cuarta.

Las *Estravagantes*, que son la quinta.

Y el *Concilio Tridentino*, que es la última.

De manera que para resolver un punto de derecho canónico, deberémos atenernos en primer lugar á los decretos del Concilio Tridentino; en segundo lugar deben ser citadas las *Estravagantes* y luego las *Clementinas*; pero como éstos dos códigos son incompletos, regularmente se busca mejor que en ellos, en las *Decretales* y en el *Decreto* de *Graciano*.

Conviene aquí observar, primero, que el *Decreto* es peligroso para citarse como autoridad, pues contiene multitud de cánones apócrifos; y segundo, que los concilios provinciales mejicanos, y principalmente el tercero, que es el último, tienen

autoridad primitiva en puntos de disciplina particular á Méjico, y en lo demás en que no se opongan al Tridentino.

En cuanto á los procedimientos civiles en el foro eclesiástico se arreglan en sus tribunales respectivos por la ley comun vigente.

Despues de haber hablado de las autoridades que pueden citarse en apoyo de las decisiones judiciales y de las defensas de los litigios, paso á esponer la materia de la seccion segunda de este libro.

SECCION SEGUNDA.

Se da una ligera idea de la organizacion y atribuciones de los tribunales de Méjico hasta el año de 1859.

La existencia de un tribunal que fije los derechos de los ciudadanos y que castigue á los delincuentes, es tan antigua como la sociedad misma.

Porque el hombre nace con derechos que son relativos á sus semejantes; y ya sea por error ó por malicia, ó por el amor propio que á menudo le ciega, ó trastorna él mismo los derechos de los demás, ó le son usurpados los suyos, ó cree que su propiedad peligra y trata de ponerla á salvo, aunque realmente no sea así.

La fijacion de estos derechos que se disputan

no podía hacerse por el mismo que está interesado en ellos, por la sencilla razon de que entonces los juicios serian parciales, y de que cada rescucion provocaria nuevas disputas. Luego era preciso que hubiera una persona imparcial que representase á la sociedad entera y á cada uno de sus miembros, y que tomando conocimiento de los hechos, pronunciasse un fallo inapelable, asegurando así las propiedades y derechos de los individuos. Esta persona moral que representa á la sociedad, está constituida en los tribunales de justicia, y el instrumento de que éstos se valen para dar sus sentencias son los juicios.

Los tribunales de la nacion mejicana se puede decir que no fueron planteados sino hasta el año 1820, y con arreglo á la ley de 9 de Octubre de 1812. Antes de este periodo, la historia presenta solo congeturas de lo que entre los antiguos aztecas mas que justicia parecia venganza, ó una legislación que casi se confunde con la del pueblo conquistador.

Durante los trescientos años de la dominacion española, la justicia venia del rey, y en su nombre era administrada, segun el código especial de Indias, por la real audiencia en las instancias superiores y por los alcaldes ordinarios en las primeras, con sujecion en los recursos extraordinarios al su-

premo consejo de Indias. Variada esta organizacion por la citada ley de 1812, era preciso acomodarla al rango é importancia de una nacion independiente, que dentro de sí misma podia y debia regirse, y terminar soberanamente hasta en su último recurso, todas las causas y pleitos que ocurriesen: y apenas instalado el primer congreso nacional constituyente, se mandó formar el tribunal supremo de justicia, conforme á la Constitucion española, entonces vigente

Publicada el acta constitutiva en Enero de 1824, se dictaron reglas generales en ella, acerca de la administracion de justicia, y en 27 de Agosto del mismo año se dió ya al tribunal supremo el nombre y el carácter de suprema corte de justicia, se indicaron sus atribuciones, y se procedió á la eleccion de sus ministros.

A las funciones propias de tribunal supremo de la nacion, reunió, por disposicion de la ley de 23 de Mayo de 1826, las de audiencia del Distrito y territorios, en conformidad con las designadas á las tres salas en la citada ley de 9 de Octubre de 1812.

Grandes variaciones han sufrido la planta y las atribuciones de los tribunales mejicanos, resintiéndose su arreglo de la Constitucion que, conforme al partido dominante, se daba al país. A

veces en cada Estado, como soberano é independiente, se administraba la justicia por sus tribunales locales, hasta las últimas instancias, y se decidía en los recursos extraordinarios, quedando al tribunal supremo muy corto número de atribuciones como tal. Otras, si bien se han erigido tribunales superiores en las capitales de los Departamentos, se les ha dado mas inmediata dependencia de aquel. A veces, por lo que mira á Méjico, hemos tenido un tribunal superior propio, y otras ha ejercido las funciones de tal la suprema corte de justicia.

Cinco disposiciones legislativas mejicanas llaman especialmente la atencion en la materia de tribunales de que voy á tratar: la ley de 23 de Mayo de 1837, la de 16 de Diciembre de 1853, la de 23 de Noviembre de 1855, la de 4 de Mayo de 1857, y la de 29 de Noviembre de 1858. Pero si bien se examinan estas leyes, se conocerá que, salvo su diferente enlace con la política dominante de sus respectivos autores, todos han bebido en la fuente de la de 9 de Octubre de 1812, dada por las cortes de España, como ya dije antes.

Prolijo seria y propio, no de este lugar, sino aca-so mas bien de una obra de historia, presentar el análisis de los puntos en que esas seis leyes convienen, y de los en que discrepan. Baste notar que como he dicho, la ley española es el principio

de donde dimanan todas las demás. De su conjunto ha resultado lo que hoy existe y vamos á considerar.

La estructura de nuestros tribunales es la siguiente:

Un tribunal supremo, con el nombre de suprema corte de justicia de la nacion.

Tribunales superiores en las capitales de los Estados y territorios.

Jueces letrados de primera instancia.

Alcaldes, jueces de paz, conciliadores ó menores

Examinémos por este orden las circunstancias constitutivas y atribuciones de cada cual.

La suprema corte de justicia de la nacion se compone de once ministros y un fiscal, abogados, mayores de treinta años, y ciudadanos en ejercicio de sus derechos, nombrados por el supremo gobierno de la nacion. Divídese para el ejercicio de sus funciones, en tres salas: la primera se compone de cinco ministros, la segunda de tres, y la tercera tambien de tres. Las faltas de éstos se suplen por los supernumerarios, y á falta de éstos por los jubilados mas antiguos. No podrán ser recusados sino con causa

Las atribuciones de la suprema corte son: I. Recibir las dudas de sus salas y demás tribunales y juzgados sobre la inteligencia de alguna ley, y esponer sobre ellas su juicio, pasándolas á la auto-

ridad que corresponda para la declaracion conveniente. II. Nombrar sus subalternos y dependientes, cuyo nombramiento no esté reservado al presidente de la República, al cual se le dará cuenta inmediatamente para su aprobacion y á fin de que les espida el correspondiente título. III. Apoyar ó contradecir las peticiones de indultos que se hagan á favor de los delinquentes, cuando el supremo gobierno pidiere informe acerca de ellas. IV. Consultar al gobierno sobre el pase ó retencion de bulas pontificias, breves ó rescriptos expedidos en negocios litigiosos, cuando le pidiere su dictámen. Estas atribuciones las ejerce el supremo tribunal reunido en pleno, con asistencia y voto del fiscal, y oyéndolo por escrito en las dudas de los tribunales, peticiones de indultos, y consultas sobre pase ó retencion de bulas, breves y rescriptos, teniendo el presidente en caso de empate, voto de calidad.

Corresponde al mismo supremo tribunal, conocer: I. De las competencias que se espresarán en su lugar. II. De los recursos de nulidad que se interpongan contra las sentencias que causen ejecutoria, dadas en última instancia por los tribunales superiores en segunda ó tercera instancia, ó por el tribunal de cuentas. III. De los recursos de proteccion y de fuerza de los MM. RR. arzobis-

pos y RR. obispos, provisores, vicarios generales y jueces eclesiásticos de la nacion. IV. De las causas de expropiacion de que habla la ley de 7 de Julio de 1853. De estos negocios conoce la primera sala oyendo al fiscal, y en las causas de expropiacion y nulidad del tribunal de cuentas, al procurador general. En las competencias en que se interese la jurisdiccion especial de hacienda, oirá, además del fiscal, al procurador general.

Corresponde asimismo al supremo tribunal, conocer desde la primera instancia: I. De los negocios civiles y causas criminales comunes que se promovieren contra los secretarios del despacho y consejeros de Estado, prévia la declaracion del consejo de haber lugar á la formacion de causa en lo criminal, y de las de responsabilidad de los gobernantes y jefes políticos de los territorios. II. De las causas criminales de los empleados diplomáticos y cónsules de la República, y de los negocios civiles en que fueren demandados. III. De las causas de responsabilidad criminales comunes y negocios civiles de los magistrados, fiscales y promotores de los tribunales superiores, comunes y especiales, y del tribunal de la guerra. IV. De las causas de responsabilidad que deben formarse contra los jueces por los negocios, cuyas apelaciones correspondan al tribunal supremo, y contra los subalternos inmediatos del mismo, por

faltas, excesos ó abusos cometidos en el servicio de sus destinos. V. De las demás causas que le cometiere la Constitución ó las leyes. Todos estos negocios y causas se repartirán por turno riguroso entre las salas segunda y tercera, y á aquella á quien toque conocerá de ellos en primera instancia, correspondiendo la segunda á la otra sala de las dos espresadas, y la sala primera conocerá en tercera instancia de los propios negocios y causas.

Corresponde al mismo supremo tribunal, conocer por turno entre las salas segunda y tercera, en tercera instancia, de los pleitos cuyo interés excediere de cincuenta mil pesos, y en segunda y tercera en aquellos cuyo interés exceda de cien mil pesos, ya se trate de sentencias definitivas ó interlocutorias que admitan el recurso respectivo.

El supremo tribunal conoce de las causas de almirantazgo y presas de mar y tierra, en el grado y forma que se designa por la ley de 25 de Enero de 1854.

El supremo tribunal desempeña las funciones de tribunal superior del Distrito de Méjico.

(Véanse los artículos desde el 175 hasta el 182 de la ley última de 29 de Noviembre de 1858.)

Desde 1837, los juzgados de primera instancia del Distrito, que hoy son cinco de lo civil y otros tantos de lo criminal, están encomendados á jue-

ces letrados.—Para ser nombrado juez propietario de primera instancia, se requiere: ser mejicano por nacimiento, tener la edad de veinticinco años cumplidos, ser abogado recibido conforme á las leyes, haber ejercido su profesion por el espacio de cinco años, con estudio abierto, ya sea libremente ó sirviendo el cargo de asesor, agente fiscal, secretario de tribunal ó cualquiera otro empleo en el ramo de administracion de justicia, ó desempeñado por igual tiempo cátedras de derecho, por nombramiento del gobierno de algun antiguo Estado, ó del supremo en algun colegio público, y no haber sido condenado judicialmente en proceso legal por algun crimen ó delito que tenga impuesta pena infamante. (Art. 47 de la última ley citada).

Los jueces de primera instancia, así de lo civil como de lo criminal, conocerán de los incidentes criminales ó civiles que ocurran en sus negocios.

En lo criminal formarán las causas con los requisitos que esplica la ley de 29 de Noviembre de 1858, y las sentenciarán en los términos allí detallados, y en lo civil conocerán los jueces del ramo por escrito en los negocios cuyo interés exceda de trescientos pesos, y verbalmente en éstos desde la suma de cien pesos.

Los jueces menores son diez y seis en el Distrito de Méjico. Han de ser ciudadanos en el ejerci-

cio de sus derechos, mayores de 25 años, de ejercicio honesto y de notoria probidad, y deberán residir, en cuanto sea posible, en el cuartel mayor respectivo, y serán propuestos por los jueces de primera instancia á la suprema corte, y por ésta al gobierno que los nombra.—Los jueces menores conocerán: I. De las conciliaciones en toda demanda civil cuyo interés no esceda de trescientos pesos, de toda clase de personas aunque sean aforadas, ó criminal sobre injurias graves puramente personales, en que sin detrimento de la justicia se repara la ofensa con solo la condenacion del ofendido. II. De los juicios verbales en las demandas civiles cuyo interés no esceda de cien pesos, y de las criminales sobre injurias leves y faltas de igual naturaleza, que no merezcan otra pena que una reprimenda ó correccion ligera. Los que fueren letrados conocerán además á prevencion con los jueces de primera instancia en juicio verbal, de los negocios cuyo interés no esceda de trescientos pesos. Practicarán á prevencion con los jueces de primera instancia, las primeras diligencias en todos los delitos de que tuvieren noticia. (Véanse los artículos 161, 163 y 164 de la última ley citada.)

Estos son hoy, en el Distrito, los jueces y tribunales del fuero comun. Aunque en la legislacion española habia muchos fueros especiales, en la de

Méjico propiamente dicha, puede afirmarse que no fueron generalmente respetados mas que el eclesiástico, el militar y el de los negocios de hacienda. Los meramente personales y de privilegio, acabaron con la igualdad ante la ley que anunciaba la Constitucion española, y los de causa, por razon de la materia del juicio, como el de comercio y el de minería, con éxito vario habian corrido desde la independencía hasta que, encumbrados por predileccion del gobierno que cayó con la penúltima revolucion, fueron suprimidos, quedando solo últimamente el eclesiástico y el militar.

Reseñar las vicisitudes que todos estos fueros privilegiados han sufrido, seria obra de mucho tiempo y trabajo, y agena además de este lugar. Concluiré la materia de este tratado, dando una idea de los tribunales eclesiásticos, advirtiendo por principio, que los juicios en ellos, se sujetan, en cuanto á los trámites como ya espuse antes, á la ley civil vigente, variando el orden de las instancias, con arreglo á sus disposiciones particulares.

El conocimiento de la primera instancia en los negocios eclesiásticos, toca á los jueces llamados ordinarios, segun lo dispuesto por el Concilio Tridentino en la seccion 24, cap. 20 de reform. matrim., cuyos jueces son los obispos en el distrito de su diócesis, y los arzobispos en sus respectivos ar-

zobispados. Unos y otros, en los primeros siglos de la Iglesia, en que su jurisdicción era muy limitada, solían ejercerla por sí; pero habiéndose estendido considerablemente en los siglos posteriores, fué necesario que la delegasen á otras personas, las cuales hacen en el foro las veces de los preladados, y por consiguiente, deciden en primera instancia las causas eclesiásticas. La segunda instancia, si en la primera conoció un obispo, sufragáneo, pertenece al metropolitano; pero si conoció éste, toca al obispo mas vecino, como delegado de Su Santidad. De la tercera instancia, en el primero de dichos casos debe juzgar el obispo mas cercano, respecto del que comenzó la causa; y en el segundo, el obispo que despues del que conoció de la apelacion, esté mas próximo al metropolitano (Breve del Señor Gregorio XIII, mandado observar por la ley 10, tit. 9, lib. 1 de la Recopilacion). Así es que de las sentencias del provisor de Méjico, se apela al de Puebla y se suplica al de Michoacán; y de las de Puebla por ejemplo, se apela al de Méjico y se suplica al de Oajaca.

Antes de concluir esta materia, debo observar que los negocios mercantiles han pasado á los jueces civiles, que conoce en ellos con arreglo á las leyes de la materia, y que el juez de distrito ó de hacienda, conoce de la primera instancia de los

negocios del ramo ó de las causas en que está interesada la federacion. (Véase con mas estension esta materia en el capítulo de fuero competente).

He dado esta ligera descripcion de los tribunales y de sus atribuciones, porque he creido que sin ella seria imposible comprender la práctica de los juicios en el foro mejicano, de que voy á tratar.

LIBRO SEGUNDO.

Este libro contiene dos secciones: en la primera se trata de los juicios en general, y en la segunda del juicio civil ordinario en particular.

SECCION PRIMERA.

Donde se trata de los juicios en general.

Bien puede considerarse el juicio como una lucha entre dos fuerzas que combaten en la palestra del foro y ante un juez, para que se decida el mejor derecho de una de ellas. Estas dos fuerzas son las acciones y las excepciones: aquellas constituyen una fuerza afirmativa, éstas una negativa: el juez dirige los movimientos ó ataques, y dicta sus providencias para evitar dilaciones y fraudes en el curso que él mismo ha indicado á la lucha desde el principio; y cuando ve cuál de los dos combatientes tiene mas valor y fuerza, atendida la derrota de su adversario, pronuncia su sentencia definitiva.

De manera que estas fuerzas que luchan en el juicio, era lo primero que debiamos considerar.

Conveniente es, sin embargo, hablar antes de la definicion jurídica del juicio y de sus divisiones mas usuales.

Es el juicio la legítima discusion de causa que se disputa entre el actor y el demandado ante un juez competente, para que decida el mejor derecho de uno de ellos, y los pleitos se terminen así por la autoridad pública.

De cuya definicion se infiere que las personas que intervienen en un juicio son el actor, cuyas veces hace con frecuencia en las causas criminales la vindicta pública; el demandado, que para la esencia del juicio no le hace esté ausente, con tal que se vea que existe, y aunque no se sepa quiénes, y el juez que debe fallar en el asunto.

Los juicios se dividen en civiles, criminales y mistos, segun que se trata en ellos del interés de los particulares, de la vindicta pública, ó de ambas cosas. Esta division es por la materia del juicio.

—Por razon de lo que se pide se dividen los juicios en petitorios y posesorios, segun que se trata de dominio ó cuasidominio ó de posesion. Se dividen tambien en dobles y sencillos, segun que ambos litigantes pueden ser actor y reo, ó simplemente una de las dos cosas. Los juicios dobles son los de peticion de herencia, particion de herencia, division de cosas comunes y la fijacion de límites á los campos.

Por razon de los procedimientos se dividen los juicios en ordinarios, que son los que siguen los trámites regulares establecidos por la ley; sumarios, que son los que siguen menos trámites y mas violentos por concesion especial del derecho, y sumarísimos, que son aquellos que no conocen regla ni tienen figura de juicio. Esta division es la que abarca todos los juicios, y por lo mismo, será la que siga yo en esta obra.

Los juicios mas comunes en derecho son el ordinario y el ejecutivo. El juicio civil ordinario es un litigio en que se declara al fin si se debe ó no tal cosa ó cantidad.

El juicio ejecutivo es un juicio sumario en el que, apareciendo manifiesta una deuda, en virtud de un instrumento que trae aparejada ejecucion, se procede violentamente al pago.

SECCION SEGUNDA.

Del juicio civil ordinario en particular.

CAPITULO I.

DEL JUICIO VERBAL.

He dicho que juicio ordinario es el que sigue todos los trámites regulares establecidos por las le-

yes; y como el juicio verbal, aunque brevísimo en cuanto al tiempo, pero lleva siempre en su esencia estos trámites todos, por eso le considero como una especie de juicio ordinario y trato de él en este lugar.

Hay, pues, dos especies de juicio civil ordinario: el verbal y el escrito. Su diferencia consiste, al principio del litigio, en la cantidad pecuniaria á que asciende el interés del negocio. Si se trata de un interés que llegue hasta cien pesos, el juicio será verbal y se llevará ante un juez menor. Si el interés pasa de cien pesos y llega hasta trescientos, se llevará el negocio ante un juez ordinario ó ante un juez menor, á prevención, y en ambos casos se conocerá tambien en juicio verbal; y pasando de trescientos pesos, conocerá el juez ordinario en juicio escrito.—(Véanse los artículos 161 y 163 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

El juicio verbal es un juicio brevísimo en que el juez, oídas la demanda y respuesta que las partes hacen de palabra, vistas las pruebas y oídas las alegaciones, pronuncia su sentencia definitiva. El origen de los juicios verbales es muy antiguo, y se funda en que las leyes han querido y procurado evitar siempre el que se causen procesos formales en los negocios de poca importancia. Planteado en Méjico el régimen constitucional español, se

Por razon de los procedimientos se dividen los juicios en ordinarios, que son los que siguen los trámites regulares establecidos por la ley; sumarios, que son los que siguen menos trámites y mas violentos por concesion especial del derecho, y sumarísimos, que son aquellos que no conocen regla ni tienen figura de juicio. Esta division es la que abarca todos los juicios, y por lo mismo, será la que siga yo en esta obra.

Los juicios mas comunes en derecho son el ordinario y el ejecutivo. El juicio civil ordinario es un litigio en que se declara al fin si se debe ó no tal cosa ó cantidad.

El juicio ejecutivo es un juicio sumario en el que, apareciendo manifiesta una deuda, en virtud de un instrumento que trae aparejada ejecucion, se procede violentamente al pago.

SECCION SEGUNDA.

Del juicio civil ordinario en particular.

CAPITULO I.

DEL JUICIO VERBAL.

He dicho que juicio ordinario es el que sigue todos los trámites regulares establecidos por las le-

yes; y como el juicio verbal, aunque brevísimo en cuanto al tiempo, pero lleva siempre en su esencia estos trámites todos, por eso le considero como una especie de juicio ordinario y trato de él en este lugar.

Hay, pues, dos especies de juicio civil ordinario: el verbal y el escrito. Su diferencia consiste, al principio del litigio, en la cantidad pecuniaria á que asciende el interés del negocio. Si se trata de un interés que llegue hasta cien pesos, el juicio será verbal y se llevará ante un juez menor. Si el interés pasa de cien pesos y llega hasta trescientos, se llevará el negocio ante un juez ordinario ó ante un juez menor, á prevención, y en ambos casos se conocerá tambien en juicio verbal; y pasando de trescientos pesos, conocerá el juez ordinario en juicio escrito.—(Véanse los artículos 161 y 163 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

El juicio verbal es un juicio brevísimo en que el juez, oídas la demanda y respuesta que las partes hacen de palabra, vistas las pruebas y oídas las alegaciones, pronuncia su sentencia definitiva. El origen de los juicios verbales es muy antiguo, y se funda en que las leyes han querido y procurado evitar siempre el que se causen procesos formales en los negocios de poca importancia. Planteado en Méjico el régimen constitucional español, se

dictó la ley de 9 de Octubre de 1812, de que hemos hecho mencion, para el arreglo de tribunales, y en dicha ley se fijaron todas las reglas que debian observarse para el conocimiento y terminacion de los juicios verbales. Dichas reglas se reducen á cuatro: la primera trata de los casos en que tiene lugar el juicio verbal, lo cual queda ya fijado al principio de este capitulo; la segunda habla de la autoridad que es competente para conocer en estos juicios, cosa que tambien ya dijimos allí mismo; la tercera fija el modo de proceder en el juicio, de lo que vamos á tratar, y la cuarta define la fuerza legal de las sentencias dadas en él.

Tres diferencias esenciales tiene, sin embargo, el juicio verbal con respecto al juicio ordinario escrito: la primera consiste en que en los juicios verbales los trámites son muy ciertos, y penden del arbitrio del juez, segun las circunstancias; la segunda es que en los juicios verbales debe hacerse todo de palabra, y aunque en la práctica se acostumbra escribir algunas constancias, éstas mas bien se consideran como apuntes y de ningun modo como autos; la tercera diferencia consiste en que del juicio ordinario escrito hay apelacion, y nunca la hay del juicio verbal.

Los trámites de este juicio son los siguientes: Se presenta el demandante ante el juez correspon-

diente, atendida la cantidad que se versa, y pide una cita para el demandado. Pone el juez entonces la cita, y ésta se llevará por el comisario del juzgado. Si el demandado no concurre á la primera cita, se espide una segunda, á costa de éste último, en la que se le amenaza con sentenciarle en rebeldía si no concurre, lo cual se llevará al cabo sin otra cita. Si el demandado concurre, ya sea á la primera cita ó á la segunda, se procede al juicio, esponiendo las partes, de palabra, su demanda y respuesta.

Si concurriere á la junta el demandado, y dejare de hacerlo el demandante, se le exigirá á éste la multa con que se conminó al primero, y será condenado de plano y á verdad sabida, á satisfacer al demandado los gastos que haya tenido que erogar en su comparecencia, y no se librará segunda cita en el mismo negocio, sin que se haga constar el pago de la multa é indemnizacion.

Si el negocio fuere de poca importancia y no hay necesidad de prueba, sentenciará el juez y se levantará una acta en el libro de juicios verbales que deben tener los jueces, en cuya acta se dará una descripcion del negocio y se pondrá la determinacion del juez.

Esta acta se pondrá en papel del sello tercero si el demandante no es muy pobre, en cuyo caso será

del sello quinto, y estará firmada por el demandante, el demandado, el juez y el escribano, ó los testigos de asistencia. Pero si el negocio merece prueba, entonces formada el acta correspondiente en la misma forma que llevamos dicha, y en que conste la resolución del juez de recibirse el negocio á prueba por un breve término que no pase de quince dias, se ocuparán las partes de buscar sus pruebas para llevarlas al juzgado dentro del plazo señalado, pudiendo pedir próroga si no se habian señalado de una vez todos los quince dias dichos. Si se han de presentar testigos, citadas las partes, se recibirán todas las declaraciones en una sola audiencia bajo juramento á presencia de los interesados, y así éstos como el juez, podrán dirigirles las preguntas que estimen convenientes para esclarecer la verdad, sin poderse recibir otra prueba testimonial. Acto continuo se oirá lo que los interesados quisieren esponer con presencia de las pruebas. El juez, antes de pronunciar el fallo, exhortará á las partes á entrar en una composicion amigable, si la demanda fuere puramente civil ó sobre injurias, y lográndose el avenimiento, se dará por terminado el juicio; pero si no se lograrse, ó la demanda criminal no fuere sobre injurias, se pronunciará la sentencia dentro de los ocho dias siguientes. De todo se hará una relacion sucinta en

el libro de juicios verbales, concluyendo con la sentencia que se haya dictado, ó esplicandolos términos de convenio que hayan celebrado las partes. Este libro se llevará en papel del sello 3.º, y las certificaciones que se pidan, en el papel del sello que corresponda.

Si se dudare de si el valor de la cosa ó interés que se verse, excede ó no de cien ó de trescientos pesos, nombrarán entonces las partes, ó el juez respectivo en su rebeldía, perite ó peritos que fijen la estimacion de la cosa ó interés que se dispute, y con presencia de lo que aquellos espongan, y un tercero en caso de discordia, el juez calificará en justicia si el asunto es ó nó de juicio verbal, y procederá ó nó á su celebracion. La misma regla se observará cuando la duda ocurra tratándose de desocupacion de casa, en la que esté establecido algun comercio ó giro industrial, pues si solo está destinada para habitacion, sin la calificacion de peritos, se decidirá que es materia de juicio verbal, del que debe conocer un juez menor ó de paz si el importe de la renta de des pensiones no excede de cien ó de trescientos pesos, pues pasando de esta cantidad deberá tratarse en juicio escrito.

En las demás prestaciones periódicas, por lo que ellas producen en igual período al que se señala, como acabamos de decir.

Siempre que con la reclamacion de una suma que sea materia de juicio verbal, se solicite la declaracion de un derecho de mayor importancia, la demanda se ventilará en juicio escrito. El derecho de arrendamiento en las demandas sobre desocupacion de fincas rústicas ó urbanas, solo es de mayor importancia, cuando la renta de dos pensiones exceda de trescientos pesos. Si no excediere, será materia de juicio verbal ante los jueces respectivos.

En las demandas de cantidades que tengan relacion con algun capital, el derecho nunca valdrá mas que el mismo capital. En las de obligaciones de hacer si las partes no estuvieren conformes con la estimacion del hecho, el juez procederá como se previene por la ley en los casos en que se duda de la estimacion de la cosa. Si se trata de derechos ó servicios inestimables, se ventilará la demanda en juicio verbal, ante el juez respectivo, solo cuando todos los interesados califiquen el asunto de menos de trescientos pesos. Si alguno lo estimare en mas, será materia de juicio escrito.

En los juicios verbales, ya se verse interés menor de cien pesos, ya sea mayor de esta suma sin exceder de trescientos, si se opusieren excepciones ó reconvencciones de mayor importancia respectivamente, no podrá definirse en uno con la demanda, sino que la reservará para que la decida el juez ó

quien toque en razon de su cuantía, y en el juicio que por ella misma sea de entablarse; pero la demanda será sentenciada, y si por ella se condenare al reo, no se ejecutará el fallo sino bajo de fianza que el actor dará, de restituir al demandado con costas, daños y perjuicios lo que perciba por él, si la excepcion se declarare legal.

En la sentencia se fijará al demandado un término que no exceda de treinta dias, para que promueva el juicio que corresponda contra el actor, para hacer valer las excepciones ó reconvencciones. Si ese término se deja pasar sin entablar el juicio, la fianza se cancelará, quedando firme la sentencia del juicio verbal, sin perjuicio de los demás derechos que competan por su accion al reo.

En el juicio verbal en que el interés de la demanda no exceda de cien pesos, si el demandado opondrá excepciones ó reconvencciones de mayor importancia, pero cuya estimacion sea de menos de trescientos pesos, el juez se abstendrá del conocimiento del asunto, siempre que residiere en el lugar el juez de primera instancia, el cual deberá conocer del negocio.

El procedimiento en la ejecucion de lo determinado en el juicio verbal, y la sentencia, se hará efectiva brevemente y de plano, sin formar nuevo

juicio, y sin mas dilacion que la absolutamente precisa para poner al que obtuvo en posesion de la cosa, ó hacerle entrega de la cantidad que se haya determinado. Si para esto hubiere necesidad de rematar bienes del ejecutado, hecho el embargo, se tasarán con citacion de las partes por perito ó peritos nombrados por ellas, ó en su rebeldía por el juez; se sacarán luego á un paraje público y se venderán al mejor poster, sin admitir postura que baje de las dos terceras partes de la tasa. Si el valor de los bienes escudiere de la cantidad espresada, se anunciará su venta por el término de tres dias si fueren muebles, y por el de nueve si fueren raíces, y se procederá á la venta ó adjudicacion en pago; sentando de todas estas diligencias una relacion sucinta en el libro de juicios verbales.

Cuando en la ejecucion del juicio verbal se opusiere alguna tercería de preferencia, de mayor importancia que la señalada para estos juicios, la ejecucion continuará hasta hacer pago al primer acreedor; dando éste fianza en favor del tercero, de devolverle la cantidad recibida, si en el juicio que corresponda se decidiere á su favor la preferencia. El juez le señalará un término prudente, dentro del cual deba promover el juicio, y pasado el término, se cancelará la fianza si no lo hubiere promovido. Las tercerías de dominio de mayor

importancia que se opongan en la ejecucion del juicio verbal, suspenderán el procedimiento hasta que se decidan por el juez respectivo que corresponda.

La práctica de las diligencias que se encarguen á los jueces de paz, por orden de los tribunales superiores ó jueces de primera instancia respectivos, ó por medio de exhortos ó requisitorias de otros jueces, se verificará sin demora alguna, en el término que se les señale, ó á lo mas dentro de tercero dia si aquel no se designa. Siempre que hubiere algun obstáculo insuperable que impida la práctica de las diligencias, ó el cumplimiento de los exhortos en el término prefijado, lo manifestarán por el primer correo al tribunal ó juez respectivo.

Cuando sea demandante ó demandado el juez de paz, se celebrará el juicio verbal ante cualquiera otro juez del mismo pueblo, si lo hubiere, y en su defecto, al que lo sustituya conforme á la ley.

Acerca de la fuerza legal de las determinaciones dadas en los juicios verbales, dice la ley vigente: El fallo de los juicios verbales y de sus incidentes, no admite otro recurso que el de reponsabilidad contra los jueces y sus asesores, hasta un año despues de haber sido pronunciado. Y lo mismo en lo principal disponia la ley de 23 de Mayo

de 1823, art. 117.—(Véanse los artículos desde el 287 hasta el 309 de la última ley de 29 de Noviembre de 1853.)

Para presentarse en nombre de otro á contestar juicio verbal, basta una carta poder si la admite la parte contraria, pues si nó, será preciso un poder en forma.—(Véase el art. 551 de la ley citada)

Los hombres buenos que exigian para estos juicios las leyes antiguas, quedaron suprimidos por la ley de 12 de Octubre de 1845.

Para que pueda comprenderse mejor el mecanismo del juicio verbal, pondré ejemplos de las constancias que se forman en él.

La primera cita con que se hace comparecer al demandado, está concebida poco mas ó menos, en estos términos:

Juzgado tantos, etc.—Primera cita.—D. Fulano de tal, bajo la multa de tanto (desde dos hasta cinco pesos) comparecerá en este juzgado, situado en tal parte, el día tantos y á tal hora, á contestar la demanda que en juicio verbal le promueve D. Fulano cual, sobre tal cosa. Méjico, etc.—Media firma del juez.—Nota: se espera media hera.

Ejemplo de segunda cita:

Juzgado tantos, etc.—Segunda cita.—D. Fulano, prévia la exhibicion en el acto de la multa

de tanto, que se le impuso si no concurría á la primera cita de tal fecha, y cuya suma se destina á tal establecimiento de beneficencia, comparecerá en este juzgado, situado en tal parte, el día tantos á tal hora, á contestar la demanda que en juicio verbal le promueve D. Fulano cual, sobre tal cosa, librándose á su costa esta segunda cita, y con apercibimiento de fallar en rebeldía si no concurre.—Méjico, etc.—Media firma del juez.—Nota: se espera media hora.—(Véanse los artículos 288 al 291 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Ejemplo del acta que se levanta cuando se termina el juicio en la primera comparecencia del demandado:

Sello 3.º — Cuatro reales (ó medio real si es pobre la parte).—Para los años de tantos y de cuantos.—En la ciudad tal, á tantos de tal mes y año, comparecieron ante el señor juez tantos, D. Fulano de tal, los Sres. D. N. y D. F., demandando el primero al segundo tal cantidad, como resultado de tal ó cual convenio. El demandante formalizó su demanda en virtud de tales y cuales razones y presentando tales documentos; y el demandado contestó tal y cual cosa, manifestando éstas y las otras razones, lo cual oido por el señor juez, invitó á las partes á un avenimiento, visto que se trata de un negocio sencillo, y por tales y cuales razones;

á lo cual se prestaron los interesados de comun acuerdo, y convinieron en terminar su cuestion de tal y cual manera. En virtud de cuyo arreglo el señor juez previno se lleve al cabo lo convenido por los interesados, bajo las penas á que haya lugar, y se tenga por concluido este negocio, siendo de cuenta de ambos interesados las costas judiciales de este asunto. Hecho lo cual firmaron las partes con el señor juez —Doy fé.—(Siguen aquí las firmas de los interesados, luego la del juez, y en seguida la del escribano ó los testigos de asistencia.)

Pero si el negocio exige pruebas posteriores á la demanda, entonces formada el acta en lo principal, como la anterior, se dirá en ella que á peticion de tal parte, el señor juez manda se reciba este negocio á prueba por tal término. Se presentarán las pruebas de la manera que ya dije; y el juez, oidos los alegatos de las partes, fallará bajo esta formula:

Vistos estos apuntes (ya dijimos que en el juicio verbal no hay autos) sobre el juicio verbal promovido por D. N. contra D. F. sobre tal cosa; las razones espuestas por los interesados al tiempo de la demanda, las pruebas tales y cuales, y las alegaciones hechas por las partes: considerando tal y cual cosa, y en virtud de tal ley ó disposicion, el presente juez deberá fallar y falla tal y cual cosa,

lo que se hará saber á los interesados. (Luego firma el juez y en seguida el escribano ó los testigos de asistencia.)

Respecto de la condenacion de costas, es preciso advertir que en el juicio verbal solo deben considerarse las judiciales, pero no las personales, porque no hay necesidad absoluta de que concurran abogados á estos juicios; y de consiguiente, en el caso de llevarlos las partes, ellas les compensarán sus trabajos cada una de por sí.

CAPITULO II.

DEL JUICIO ORDINARIO ESCRITO, Y PRIMERO UN GOLPE DE VISTA DE SUS TRAMITES.

Creo muy conveniente, para evitar la complicacion en que regularmente se incurre al tratar de esta materia, presentar primero de un golpe todos los trámites del juicio civil ordinario escrito, para despues irlos explicando uno por uno y detenidamente; pues cuando se trata de comprender un compuesto, debe verse primero el conjunto de sus partes y luego pasar al exámen de éstas, y de otro modo se espone uno á no entender nada con perfeccion.

PRIMERA INSTANCIA DEL JUICIO ORDINARIO ESCRITO.—Se intenta ante todo la conciliacion, y sacando el certificado correspondiente, se presenta la

demanda, acompañada de dicho certificado. El juez provee *traslado*, cuyo auto equivale á la citacion. El demandado contestará dentro de nueve dias oponiendo sus excepciones; y contestada la demanda, el juez cita á una junta para ver si puede haber un avenimiento y no pasa adelante el pleito. Si el punto que se versa es de derecho, el juez pronunciará su fallo sin pasar adelante; pero si es de hecho, se fijarán los puntos sobre que deba recaer la prueba, y el juez proveerá: "Recíbase el negocio á prueba por tal término." Rendidas las pruebas y concluido el término, cualquiera de las partes pide, dentro de tres dias, que se haga publicacion de probanzas; es decir, que á cada una de ellas se den á conocer las pruebas de la contraria, para destruirlas. Del pedimento de publicacion de probanzas manda el juez correr traslado á la otra parte, que contestará ó nó dentro del término de tres dias. En el primer caso el juez, si accede la parte, decreta: "Por hecha la publicacion, de consentimiento de las partes: entrégueseles los autos por su órden, para que aleguen de bien probado." En el segundo caso, se acusa rebeldía á la parte que no quiere contestar, y el juez provee: "Siendo pasado el término, hágase la publicacion y entréguese los autos." Si hay tachas que poner á los testigos, se ponen dentro del término de los

seis dias que se concedieron para alegar de bien probado, y se forma el juicio de tachas de la manera siguiente:—Presentado el escrito de tachas, el juez manda correr traslado á la otra parte por tres dias. Si la otra parte no contesta dentro de este término, se dan por admitidas las tachas, pero si contesta, se recibe el negocio á prueba por un término que no pase de la mitad del que se concedió para la prueba principal. Sobre estas pruebas, ó mejor dicho, sobre este juicio de tachas, no recae sentencia, pues solo sirve para ilustrar al juez. Rendidas las pruebas indicadas, vuelve una de las partes á pedir publicacion de ellas, y hecha ésta, se conceden á los interesados quince dias para que formen sus alegatos de bien probado. Presentados los alegatos, cita el juez para sentencia, pues aquí concluye la discusion del negocio, y pone el proveido de: "Autos citadas las partes" ó "Por concluso, autos citadas las partes;" y pronunciará la sentencia dentro de veinte dias. En seguida las partes se conforman con la sentencia ó apelan. En el primer caso, ó cuando se han pasado los cinco dias concedidos para interponer la apelacion de sentencia definitiva sin que se interponga, la parte que obtuvo pide, que puesto que su contrario ha renunciado la apelacion, se declare la sentencia por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, y

P. 4.

el juez así lo declara, corriendo antes traslado de este pedimento, para saber si hubo motivo grave por el que la otra parte no interpuso la apelación; y con lo que conteste, se resuelve.

Los artículos que se presenten en esta instancia, si son de los que deban correr por cuaderno y cuerda separada, forman un juicio aparte enteramente; pero si no son de esa clase, se sustanciarán, interrumpiendo el curso del juicio, si necesitan pródigo y especial pronunciamiento; ó siguiendo juntamente con él, si así debe ser. La sustanciación de un artículo consiste, en que presentada una escepcion dilatoria, por ejemplo, se corre traslado por tres dias, y dentro de otros tres despues de contestado el traslado, pronuncia el juez su fallo, y sigue sus trámites el juicio principal. Así sucede cuando interpone la escepcion declinatoria por ejemplo.

SEGUNDA INSTANCIA.—Interpuesta la apelacion de palabra en el acto de notificarse la sentencia, ó por escrito dentro de tres dias despues si fuese interlocutoria con fuerza de definitiva, ó dentro de cinco dias si fuese definitiva, el juez manda correr traslado por el término de tres dias, y contestando la otra parte, ó acusándosela rebeldía, caso de no hacerle, declara el juez dentro de cinco dias si es apelable ó no el auto, y si lo es, en qué efec-

tos. Si se declara apelable el auto, manda el juez en el mismo auto que se remitan los autos al tribunal que corresponda, con pródigo citación de las partes, para que vayan á mejorar la apelacion. Recibidos los autos en el tribunal de segunda instancia, se entregan al apelante para que espese agravios, y éste deberá presentar su escrito de *espresion de agravios* dentro de seis dias despues de recibidos los autos. El tribunal corre traslado á la otra parte de este escrito, y ésta presentará su escrito de *contestacion de agravios* dentro de seis dias. El tribunal provee entonces: "Autos con extracto y citacion," ó "Dése cuenta con extracto y citacion." Procede el secretario ó formar el extracto, y cuando está concluido se presenta al tribunal, quien provee: "Entréguese á las partes para el cotejo por el término del derecho."—Se entrega dicho extracto á las partes, y tiene tres dias cada una para ver si está conforme con el repetido extracto. Si están conformes, ponen: "Cotejado" simplemente, y si no, harán notar las diferencias que encuentren. La nota del cotejo irá firmada por los abogados respectivos. Hecho el cotejo, se provee en el tribunal: "Se señala el dia *tal* para la vista;" y llegado el dia, se ven los autos en el tribunal, cuya vista consiste en que el secretario lea el extracto, y en seguida informen sobre el negocio

los patronos de las partes. El tribunal sentenciará dentro de los quince dias siguientes al de la vista.

Quando se ofrece prueba en segunda instancia, se pone el brevete al escrito de espresion de agravio en estos términos: "Espresa agravios y ofrece pueba;" y allí, en dicho escrito, se ofrecerá la prueba. Si la prueba que se pide es la ultramarina, se añade al brevete del escrito: "Para la que se pide el término ultramarino que corra juntamente con el ordinario, ofreciendo la informacion de la ley." El juez, en este último caso, provee traslado por tres dias, y contestando la otra parte, ó acusándosela rebeldía, provee autos en artículo citadas las partes, y concede ó no el término ultramarino por medio de un auto interlocutorio. Las pruebas en segunda instancia se presentan con juramento de no haberlas tenido antes. El término probatorio en segunda instancia dura treinta dias.—Dada la sentencia en segunda instancia, si las partes no se conformaren y el negocio es de tal naturaleza que admite súplica, puede interponerse ésta y pasa el negocio á la tercera instancia.—Adviértase, por último, que cuando hay pruebas en segunda instancia, despues de rendidas éstas, de hacerse la publicacion y los alegatos lo mismo que en primera instancia, provee el tribunal: "Dése cuenta

con extracto y citacion," y siguen los procedimientos que fueron ya indicados.

TERCERA INSTANCIA.—Los procedimientos en tercera instancia son mas sencillos que los que tienen lugar en la segunda. Interpuesta la súplica, de palabra ó por escrito, dentro de tres dias si la sentencia fuere interlocutoria con gravámen irreparable, ó dentro de cinco si fuere definitiva, se corre traslado del escrito por tres, y con lo que conteste la parte, ó acusándola rebeldía, caso de no hacerlo, se citan autos en artículo, y se declara si es suplicable ó no el auto. Declarado suplicable, se remiten los autos á la sala respectiva, que acusará recibo de ellos, y procederá á la revista de la sentencia, sin mas requisitos que la relacion é informe á la vista si lo pidieren las partes, en cuyo caso se les entregarán los autos por seis dias á cada una.

En esta tercera instancia podrá el tribunal recibir á prueba el negocio cuando corresponda segun derecho. En este único caso pueden admitirse alegatos por escrito, prévia publicacion de probanzas y mandándose en seguida dar cuenta citadas las partes.—La sentencia definitiva se pronuncia dentro de quince dias, y la interlocutoria dentro de cinco. Dada la sentencia de tercera instancia, se remiten los autos al juez que conoció en primera

instancia para que la ejecute, no quedando ya á las partes mas que el recurso de nulidad.

Echado así un golpe de vista á los trámites todos del juicio civil ordinario escrito, que constituye el objeto de la seccion segunda de este libro, paso á examinar detenidamente cada uno de esos trámites ó requisitos, comenzando por explicar, ante todo, quiénes pueden comparecer en juicio.

CAPITULO III.

DE LA PERSONALIDAD PARA PRESENTARSE EN JUICIO.

El primer requisito que se necesita para presentarse en juicio es la personalidad, que consiste en la facultad de poder tomar parte en el negocio de que se trata. Hablaremos en este capítulo de los que pueden presentarse en nombre propio, y de los casos en que alguno no puede presentarse absolutamente, reservando el capítulo siguiente para examinar el carácter de los que se presentan en juicio en nombre ageno.

Si es cierto que todo hombre nace con derechos, y si es cierto que cuando estos derechos son disputados toca á los tribunales fijarlos por medio de los juicios, es clarísimo que todos pueden presentarse en juicio. Este principio general tiene algunas escepciones: es la primera que el hijo no puede

presentarse contra su padre, sino en los casos que se verán despues; el hermano tampoco puede presentarse criminalmente contra el hermano, salvo en circunstancias que pondré mas adelante; y por último, el excomulgado vitando no puede presentarse como actor, aunque sí como reo.

El principio general de que todos pueden presentarse en juicio, á mas de las escepciones indicadas, tiene la distincion considerable de que unos pueden presentarse por sí mismos, y otros necesitan absolutamente un representante por ser inhábiles, ó necesitan alguna licencia ó restriccion.

Comenzaré por explicar las escepciones antedichas con la mayor claridad y concision posibles.

La primera escepcion consiste en que el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre, á no ser que se trate del peculio castrense ó cuasicastrense, de linaje ó filiacion, negando el uno al otro el parentesco; por causa de alimentos; por mal trato ó ejemplo vicioso que el padre diese al hijo, y de cuyas resultas el hijo intentase salir de la patria-potestad, como si lo aporrease por ejemplo, ó no le dejase casarse; y por quitar sus bienes propios de la administracion de su padre que los cuida mal. De todo lo cual resulta en limpio, que el hijo de familia no puede demandar á su padre, á menos que éste lo cause algun grave perjuicio en su persona

ó en sus bienes. (Estas disposiciones se fundan en las leyes 2, tit. 2, P. 3 y 9, tit. 2, lib. 10 de la N.)

Pasando á la segunda escepcion diré, que el hermano no puede demandar al hermano criminalmente, aunque lo puedo hacer en lo civil. Pero podrá demandarle aun en lo criminal siempre que le haya causado un mal, de cuyas resultas pudiera sobrevenirle muerte ó perdimiento de miembro. [L. 4, tit. 2, P. 3.]

La tercera escepcion consiste en que el excomulgado vitando no puede presentarse en juicio como actor, aunque sí como reo. De modo que tal excomulgado no puede promover el remedio de la ley diffamari, en el juicio de jactancia; porque aunque en esta clase de juicio el difamante se puede considerar como reo, no debe negarse que al principio comparece voluntariamente y como actor, promoviendo juicio contra el difamante.

Podría ponerse como cuarta escepcion de la regla general de que todos pueden presentarse en juicio, la de que ni el marido ni la mujer pueden enjuiciarse entablado causa de hurto, y solo podrán seguir el juicio civil, dirigido á recobrar lo tomado sin razon ó á pedir rezarcimiento; pero adviértase que no puede haber hurto entre el marido y la mujer, puesto que son una misma persona, y nadie puede robarse á sí mismo.

Esplicadas las escepciones del principio general, paso á poner en claro la distincion considerable del mismo principio, sobre que unos pueden presentarse por sí mismos en juicio, y otros necesitan absolutamente un representante por ser inhábiles, ó necesitan alguna licencia ó restriccion.

Pueden [comparecer en juicio por sí mismos los mayores de veinticinco años que estén en el goce de todos los derechos civiles.

Necesitan absolutamente un representante los menores de edad que no tengan dispensa, los locos, furiosos, mentecatos, sordo-mudos y los pródigos declarados civilmente. Todos estos comparecerán por medio de sus tutores ó curadores que están encargados de su cuidado. Con respecto á los menores de edad que no tienen dispensa, es de advertir que si ya han pasado de la pubertad, ellos mismos designarán la persona que quieren sea su curador, y el juez del lugar conferirá el cargo, previa la aceptacion, juramento y fianza. (LL. 12 y 13, tit 16, P. 6.) Con respecto al menor casado, es de advertir tambien, que entrando á la edad de diez y ocho años, puede administrar por sí sus bienes y los de su mujer, mas no podrá comparecer en juicio, pues el privilegio fué concedido en favor del estado del matrimonio, y no sería conveniente convertir dicho privilegio en su per-

juicio, lo que sucedería dándole personalidad competente en lo judicial, puesto que entonces perderá el otro beneficio de ser nula toda sentencia pronunciada en su contra, sin la intervencion de un curador que le ayude y defienda. Por igual razon no pierde los otros beneficios de restitucion in integrum, y el de no poder enagenar sus bienes raíces sin decreto del juez. Esto, sin embargo, no tiene lugar en aquellos menores que obtuvieron venia de edad, pues éstos se consideran calificadamente como capaces de manejar siempre sus bienes, y pueden por lo mismo presentarse en juicio, puesto que así lo espresa la licencia ó el privilegio, en el cual se hace notar tambien, como es debido, para evitar disputas, que el agraciado no gozará ya el beneficio de restitucion in integrum. En la práctica se acostumbra además, no admitir al menor á juicio, aunque ofrezca juramento de no reclamar, ó de ser mayor, si no lleva curador; y el único caso en que podría admitírsele sin este requisito, es cuando por causa de adulterio persigue la injuria de su propio matrimonio, y tambien cuando ha sido despojado violentamente, segun opina el Sr. Pena y Peña.

Necesitan licencia para litigar, el hijo de familia, que se le pedirá á su padre si estando dentro de la patria potestad necesita demandar á un es-

traño, y si el padre estuviese ausente, podrá entablar la demanda por sí mismo, si fuere mayor de edad, ó por medio de un curador, en caso contrario. (LL. 7, tit. 2, y 2 tit. 5. P. 3.) Si el hijo ha salido ya de la patria potestad, bien puede demandar á su padre por cualquier negocio, pero en todo caso necesita pedir licencia al juez, lo cual hará al principio de su demanda, usando la fórmula de: "Fulano, prévia la licencia que necesito, ante usted, etc.;" y el juez concederá esta venia sin necesidad de oír al padre (L. 3, tit. 2, P. 3.)

La mujer casada, durante el matrimonio, no puede comparecer en juicio, ni como demandante ni como demandada, sin prévia licencia de su marido; y si compelido el marido por el juez no la concediere, deberá otorgarla el mismo juez. Tambien puede el marido ratificar lo que la mujer haya hecho sin su licencia. En ausencia del marido, el juez, en caso necesario, dará la licencia á la mujer, prévia informacion de testigos. (LL. 2, tit. 3, l. tit. 3 de la R, y 3, tit. 3, lib. 5 de la R, fundándose lo último en la l. 13, tit. 1, lib. 10 de la Nov.) No es preciso que la licencia esté dada por escrito por el marido, pues bastan dos testigos para probarla. El marido mudo, loco ó mentecato se reputa como ausente en cuanto á la licencia.

Pero la mujer casada, aun sin la licencia de su

marido ni del juez, puede demandar al primero siempre que le cause un grave perjuicio en su persona y bienes, como por ejemplo, si le demanda la dote, ya sea porque el marido la disipe, ó porque va empobreciendo, ó si le demanda los alimentos, ó cuando le demanda por motivo de divorcio, nulidad de matrimonio ú otras cosas semejantes, pues en todos estos casos claro es que se la debe oír en juicio y amparar.

El religioso profeso no puede comparecer en juicio sin licencia de su prelado, salvo el caso de nulidad de profesion ó recurso de fuerza ó protección. Los monasterios tienen un procurador que los representa en juicio y que también es religioso, ó un mayordomo para el mismo efecto, pues las corporaciones se consideran como menores y necesitan por lo mismo un representante.

Examinado ya el carácter de los que pueden presentarse por sí ó por representante, á defender y asegurar en juicio sus propios derechos, pasemos á considerar el carácter de los que se presentan ante los tribunales á defender derechos ajenos.

CAPITULO IV.

DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN JUICIO EN NOMBRE DE OTRO, COMO LOS APODERADOS, TUTORES Y CURADORES; Y DE LOS PODERES Y SU BASTANTEO.

En virtud del art. 1.º, capítulo 12 de la ley de 13 de Mayo de 1826, reglamentaria de la suprema corte de justicia, está prevenido por punto fundamental que todo ciudadano es libre para representar por sí sus derechos, ó para hacerlo por medio de apoderados instruidos y espensados. En consecuencia, pueden nombrar apoderados todos los que sean mayores de edad y puedan manejar sus bienes, y pueden ser nombrados los que tengan esos mismos requisitos. Los locos, furiosos, mentecatos, pródigos, serdo-mudos no podrán serlo por carecer del segundo requisito, y por estar espresamente exceptuados por la ley; la mujer tampoco, salvo en cosas de su familia; el militar, á no ser que no esté en servicio, ó que sea para cosas de su milicia; el religioso, que solo podrá serlo para cosas de su comunidad y con licencia de su superior; y el presidente, los ministros y el fiscal de la suprema corte de justicia, segun lo prevenido en el art. 47 de la ley de 14 de Febrero de 1826, cu-

marido ni del juez, puede demandar al primero siempre que le cause un grave perjuicio en su persona y bienes, como por ejemplo, si le demanda la dote, ya sea porque el marido la disipe, ó porque va empobreciendo, ó si le demanda los alimentos, ó cuando le demanda por motivo de divorcio, nulidad de matrimonio ú otras cosas semejantes, pues en todos estos casos claro es que se la debe oír en juicio y amparar.

El religioso profeso no puede comparecer en juicio sin licencia de su prelado, salvo el caso de nulidad de profesion ó recurso de fuerza ó protección. Los monasterios tienen un procurador que los representa en juicio y que también es religioso, ó un mayordomo para el mismo efecto, pues las corporaciones se consideran como menores y necesitan por lo mismo un representante.

Examinado ya el carácter de los que pueden presentarse por sí ó por representante, á defender y asegurar en juicio sus propios derechos, pasemos á considerar el carácter de los que se presentan ante los tribunales á defender derechos ajenos.

CAPITULO IV.

DE LAS PERSONAS QUE INTERVIENEN EN JUICIO EN NOMBRE DE OTRO, COMO LOS APODERADOS, TUTORES Y CURADORES; Y DE LOS PODERES Y SU BASTANTEO.

En virtud del art. 1.º, capítulo 12 de la ley de 13 de Mayo de 1826, reglamentaria de la suprema corte de justicia, está prevenido por punto fundamental que todo ciudadano es libre para representar por sí sus derechos, ó para hacerlo por medio de apoderados instruidos y espensados. En consecuencia, pueden nombrar apoderados todos los que sean mayores de edad y puedan manejar sus bienes, y pueden ser nombrados los que tengan esos mismos requisitos. Los locos, furiosos, mentecatos, pródigos, serdo-mudos no podrán serlo por carecer del segundo requisito, y por estar espresamente exceptuados por la ley; la mujer tampoco, salvo en cosas de su familia; el militar, á no ser que no esté en servicio, ó que sea para cosas de su milicia; el religioso, que solo podrá serlo para cosas de su comunidad y con licencia de su superior; y el presidente, los ministros y el fiscal de la suprema corte de justicia, según lo prevenido en el art. 47 de la ley de 14 de Febrero de 1826, cu-

ya prohibicion última no se estiende á las cosas confidenciales y privadas, como lo opina el Sr. Peña y Peña.—(Las prohibiciones anteriores se fundan en las leyes 19, tít. 5, P. 3; Auto acordado 1, tít. 3, lib. 1 de la R.; Cédula de 25 de Noviembre de 1864; l. 6, tít. 5, P. 3; l. 7, tít. y P. cit., y ley 8 y 9 del mismo.) Cuyas últimas disposiciones estenden la prohibicion, además de los casos indicados, á las personas poderosas, que pueden influir en el éxito del negocio, pero entendemos que esto se ha derogado por la ley de 1826 citada, que exceptuó solo á las personas enunciadas. La prohibicion que tienen los magistrados y jueces para ser apoderados y ejercer la abogacía, se funda tambien en el artículo 536 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.

Examinado ya el punto de quiénes pueden nombrar y ser nombrados apoderados, pasemos ahora á tratar del modo y de las solemnidades que debe tener el nombramiento; pues es claro que cuando un apoderado se presenta en juicio, no han de creer bajo su palabra que está nombrado en forma, sino que necesita absolutamente exhibir su título, y este título debe estar con arreglo á derecho.

El apoderado se constituye tal por medio de un poder. El poder es la facultad que, por medio de un instrumento solemne, concede una persona á

otra, á fin de que haga en el negocio que se le encarga lo mismo que si fuera el dueño de él. Las solemnidades que debe tener este instrumento consisten en que se estienda ante un escribano y dos testigos; que se haga en papel sellado, del sello segundo la primera hoja, y las demás, si las tiene, del sello cuarto; que se expliquen en él las facultades que se conceden al apoderado, de manera que, si el poder es especial, se determine el negocio, y si es general, se ponga la cláusula de "franca, libre y general administracion, y de hacer todo lo que haria el poderdante." (L. 19, tít. 5, P. 3 y ley de 30 de Abril de 1842.)

Hay en los poderes ciertas facultades que necesitan cláusula especial, como la conciliacion (art. 10 del decreto de 18 de Mayo de 1821), la transaccion, el juramento de calumnia, bien sea de parte del actor ó de parte del reo, el juramento decisivo que se difiere á la parte contraria para terminar el pleito, el compromiso en árbitros, la restitucion in integrum, el librar ó quitar al demandado de la demanda, la confesion judicial ó absolucion de posiciones, el juicio en que un padre demanda que vuelva á su poder el hijo suyo que otro hombre tiene contra la voluntad de aquel, el juicio que se promueve contra el tutor ó curador de un menor acusándole de sospechoso, y algunos

otros de igual naturaleza. La razon de que se necesite poder especial en todos estos casos, consiste en que ellos se consideran como una especie de transaccion, y en la transaccion se exige poder especial, pues aunque por la ley 19, tít. 5, P. 3, se concede indistintamente la facultad de transigir á los apoderados generales, no debe entenderse que la tienen para aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los poderdantes, porque los escribanos cometen el abuso de poner aquella facultad como una fórmula de rutina, sin que los otorgantes sepan lo que importa. De aquí es que en la práctica nadie quiere transigir con apoderado que no esté autorizado con poder especial.

Pero, aun no es suficiente que alguno demande ó responda en juicio con este poder, sino que es preciso para que tenga sus efectos este instrumento, la calificacion de un abogado, que diga si aquel poder está bueno, para que así el mismo abogado se haga responsable de las resultas, y no se dilate el juicio en averiguaciones y moratorias.

Esta calificacion que un abogado hace del poder, es lo que se llama *bastanteo*. Para bastantear un poder, se pone al margen y á lo largo: "Es bastante para los efectos que espresa," cuando el poder es general, ó: "Es bastante para tal ó cual negocio," si el poder es especial, firmando

en ambos casos el abogado al calce de esta nota. Cuando el abogado que califica el poder está matriculado en el colegio de abogados, cede siempre los dos pesos que se pagan por el bastanteo, á los fondos que dicha corporacion tiene destinados á las viudas y huérfanos de los matriculados difuntos, y entonces se pone al poder el sello del colegio de abogados. Los poderes que vienen del extranjero, se bastantean por los jueces de letras, cosa que antes estaba destinada á las audiencias; y en la práctica se acostumbra, que los jueces letrados solo puedan bastantear los poderes que vienen del extranjero para el cobro y recaudacion de herencias y legados ultramarinos, puesto que las antiguas audiencias solo bastanteaban estos poderes.

Si alguno hubiere promovido un juicio sin presentar poder de la parte, y ésta ratificase luego lo hecho en su nombre, deberá dadas por valido todo lo que de esa manera se haya practicado en el negocio; siendo esto así por la regla general que dispone que la ratificacion se retrótrae y se equipara con el mandato. Pero esta escepcion solo tiene lugar, cuando el que toma la voz de otro tiene todas las cualidades necesarias para ser legitimo personero. ®

Hemos dicho ya que para presentarse en juicio á nombre de otro, debe exhibirse ante todo el poder.
P. 5.

der. En la via ordinaria se acostumbra, sin embargo, que si alguno se presenta sin poder, y la otra parte no lo reclama ni forma artículo, sino que se conforma con la promesa que ha dado el apoderado de presentarlo, continúa así el negocio hasta el término de prueba, en que el juez debe exigirlo absolutamente, para evitar el peligro de hacer ilusorio el juicio. En la via ejecutiva es de todo punto indispensable presentar desde luego el poder, porque de lo contrario, el juez declara que presentado el poder, se proveerá.

A ninguno puede obligarse á que nombre apoderado para comparecer en juicio. Pero esta regla tiene su escepcion, porque cuando está interesado un menor en el negocio, el juez nombra por sí, ó confirma el nombramiento de un curador ad litem, que no es sino un apoderado que representa en juicio los intereses del menor. Este nombramiento ó confirmacion del juez al discernir el cargo, hace en los tutores ó curadores las veces del poder antes mencionado, y cuyo poder se les confiere á nombre de los supremos poderes de la nacion. Así es que cuando un curador, por ejemplo, se presenta en otro juicio distinto de aquel en que se le ha discernido el cargo de tal, debe exhibir copia hecha por el escribano, en que conste su nombra-

miento, y presentarlo para que le sirva de poder y acredite su personalidad.

Conviene esponer aquí las siguientes doctrinas sobre tutores y curadores.

Tutor es guarda que se dá al que no tiene padre y es menor de catorce años, y á la huérfana menor de doce. El tutor debe darse al menor que no ha llegado á la edad espresada, aunque no quiera, y se le dá para que cuide primeramente de su persona y despues de sus bienes. Si el padre nombra al tutor en el testamento, se llamará tutor testamentario, y será confirmado por el juez. Si no lo nombra, entrará á serlo el parienta mas cercano, comenzando por la madre y la abuela, y entonces se llamará legítimo, y el juez le discernirá el cargo. Y si no tiene parientes, y éstos no quieren ser tutores del huérfano, entonces el juez lo nombrará de oficio, y se llamará tutor dativo. Todos estos tutores designados, menos la madre, deberán dar fianza antes de que se les discierna el cargo. (Leyes 1, 2, 3, 6 y 8 del tít. 23, p. 4.)

Se llama curador, aquel á quien se confiere la facultad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos. Se dan curadores á los mayores de 14 años y menores de 25, y á los que habiendo cumplido esta edad, están impedidos para administrar sus bienes. Al menor

de 25 y mayor de 14, no se le dá curador si él no lo pide, salvo que se le nombrara curador en el testamento y lo haya confirmado el juez, ó que tenga que intervenir en juicio, pues entonces designará persona, y el juez confirmará, en la inteligencia que una vez nombrado el curador, no deja la curatela hasta que el menor cumpla 25 años. (Leyes 12 y 13, tít. 16, p. 6 y sus glosas.) La curaduría es puramente dativa, y el curador debe también dar fianza como el tutor.

No pueden ser tutores ni curadores los locos, mentecatos, sordo-mudos, los pródigos y los de malas costumbres, el menor de 25 años, las mujeres, excepto la madre y abuela, para la tutela legítima; los obispos y regulares tampoco podrán serlo, aunque si los clérigos y seglares. Los deudores del pupilo tampoco, salvo que sean nombrados por el padre en el testamento. La tutela se acaba por haber llegado el pupilo á los 14 años si es hombre, y á los 12 si es mujer; y la curatela, por haber llegado á los 25 años. Ambos cargos se acaban por muerte ó destierro del tutor ó el pupilo; si el nombramiento fué por cierto tiempo ó condicional, y se acabó el primero ó se cumplió la condición; por la adopción del pupilo ó del tutor, siendo éste legítimo; por escusa y por remoción. (Leyes 12, 14 y 21, tít. 7, p. 6.)

El cargo de tutor puede ser discernido por los jueces de primera instancia, y por los jueces menores cuando no hay oposicion, pues si la hay es contencioso el caso y pasa á los primeros. (Art. 16 ley de 17 de Enero de 1853). Los curadores para pleitos se nombran por los jueces de 1.ª instancia.

Los procedimientos para el nombramiento de ambos son bien sencillos. Supongamos que la mujer ha sido nombrada por su marido curadora testamentaria con relevacion de fianza; presentará escrito al juez refiriendo este nombramiento y pidiendo se la releve de la fianza. El juez proveerá de acuerdo mandando se la notifique que acepte, jure y se obligue, y hecho esto se dé cuenta para discernirla el cargo. Hecha la notificacion en que la mujer acepta, jura y se obliga, el juez provee el discernimiento del cargo, según la estensa fórmula que se usa para el caso. Si hay fianza, entonces se le notificará al nombrado que la dé, y señalada la persona á quien propone de fiador, pasará el escribano á recibir la fianza, y dada cuenta al juez se discernirá el cargo de la manera indicada. Ya he dicho que este discernimiento equivale á un poder formal que se acaba cuando debe cesar por las causas expresadas antes en la tutela y la curatela.

En general el poder se acaba por muerte del apoderado ó del poderdante; por la revocacion del poder, cuya revocacion se acostumbra llevar á cabo hoy en la práctica siempre que quiera el poderdante, y poniendo solo la fórmula de "dejándole en su buena opinion y fama;" se acaba tambien por sustitucion, para lo cual se necesita cláusula especial; por renuncia del apoderado, teniéndose presente que las excusas del tutor ó curador serán calificadas por el juez conforme á derecho; y finalmente, por terminar el negocio de que se trata.

Excusado es decir que los apoderados deben manejarse con todo empeño y actividad en el cumplimiento de su encargo; y acerca de la culpa que deben prestar, terminada su comision, diremos que solo deberá ser la lata, pues las molestias que se han tomado les dispensan de pagar la leva y la levisima.

Acerca de los agentes de negocios diremos que son unas personas que han sido examinadas y á quienes se les encuentra la capacidad suficiente para ser apoderados en los pleitos de aquellos que quieran ocuparlos, y se diferencian únicamente de los apoderados comunes en que llevan su título que les dió la autoridad competente.

Hay unos procuradores judiciales que tienen á su cargo el llevar y traer los autos, y que se ha-

cen responsables de dichos autos. Estos procuradores distintos de los que hemos considerado, componian antes un número fijo en las audiencias; pero hoy se nombran los necesarios, con autorizacion de los tribunales respectivos. Además de lo dicho acerca de ellos, es de advertir que deben llevar dos libros: uno que se llama *de poderes y cuentas*, donde anotan los poderes que les confieren las partes, y otro que se llama *de conocimientos*, donde se ponen los recibos al hacer la entrega de los autos. Los artículos 92 y 93 de la última ley de 29 de Noviembre de 1858 dicen lo siguiente sobre procuradores: Habrá en el supremo tribunal y superiores, dos procuradores de número. Para el nombramiento, funciones, facultades y obligaciones de los del supremo tribunal, se observará el reglamento de 13 de Mayo de 1826, y para los de los tribunales el de 15 de Enero de 1838. Los procuradores podrán ser reprendidos, multados y suspensos de su oficio, de plano y sin figura de juicio, por los tribunales ante quienes ejercieren, en proporcion á la gravedad de las faltas en que incurran. Las multas no podrán exceder en tales casos de 25 pesos, ni la suspension de tres meses. Si la reclamaren, se les oirá breve y sumariamente, consignando antes la multa, y se podrá, con audiencia fiscal, levantarles la correc-

cion que se les imponga, si conviniere en justicia.

Examinado ya quiénes pueden presentarse en juicio y cómo deben presentarse, vamos á considerar, segun nuestro plan, los trámites todos del juicio civil ordinario escrito.

NOTA.—En este capítulo, página 55, líneas 6.^a y 7.^a, donde dice que la primera hoja del poder debe ser del sello segundo y las demás, si las tiene, del sello cuarto, deberá decir: y las demás, si las tiene, del sello tercero.

CAPITULO V.

DE LA CONCILIACION, QUE ES EL PRIMER PASO DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO.

La conciliacion es un acto solemne y anterior al juicio, en el que se trata de ver si se puede evitar el litigio por medio de un amigable avenimiento. El bien público está interesado en que se eviten los pleitos por cuantos medios sean posibles, y uno de estos medios es el de la conciliacion. Su origen entre nosotros data de la Constitucion española, que la estableció en sus artículos 282 y 284, y tambien en nuestra Constitucion mejicana la adoptó en la seccion sétima, art. 155.

La conciliacion es, pues, el primer paso de todos los juicios, puesto que su objeto único es ver si se puede evitar el litigio. Pero las leyes han marca-

do algunas excepciones á esta regla general, para con algunos juicios; tales son: los juicios verbales; concurso ó capellanías colativas; patronatos eclesiásticos, y las demás causas de la misma clase en que no cabe aveniencia; las causas que interesen á la hacienda pública; á los fondos ó propiedades de los pueblos; á los establecimientos públicos, iglesias, colegios, hospicios, hospitales, casas de espósitos; á los menores; las causas que interesen á los privados de la administracion de sus bienes; á las comunidades religiosas, cofradías, hermandades, obras pías ú otra clase de manos muertas; herencias vacantes; pago de todo género de contribuciones é impuestos nacionales y municipales; créditos que tengan el mismo origen; interdictos sumarios y sumarísimos de posesion; denuncia de nueva obra; retracto, depósitos, intervenciones ó retenciones precautorias é interinas ó provisionales, ú otros casos urgentes de igual naturaleza; concursos y demás juicios universales y sus incidencias; faccion de inventarios y particion de herencias; acciones que se intenten por incidencia de un juicio comenzado por demanda y contestacion por las mismas personas ó terceros interesados; demandas que los síndicos de un concurso promuevan, ejercitando cualquiera accion que compete al concursado y demás negocios que no

pueden ser terminados por avenencia. En los interdictos posesorios, demandas de nueva obra, recurso para intentar algun retracto ó para pedir la formacion de inventarios ó particion de bienes, ó en otros casos urgentes por su naturaleza, en los que sea necesario proveer de pronto para evitar un daño que amenace ó para asegurar el uso de un derecho si hubiere de ponerse despues demanda formal, que haya de causar juicio contencioso por escrito, deberá *preceder precisamente* á éste el juicio de la conciliacion. (Véase el capítulo 5.º de la ley de 23 de Mayo de 1837, y ahora el art. 271 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

En todos los casos indicados no es necesaria la conciliacion, y se evita, principalmente cuando se trata de intereses de menores ó corporaciones que no manejan sus bienes por sí, porque pudieran salir perjudicados en el acto conciliatorio, que cuando surte sus efectos tiene la misma fuerza de una transaccion judicial; y bien sabido es que en asuntos de menores no se puede transigir sin previo informe de utilidad y por los pasos judiciales.

Los trámites para la conciliacion son los siguientes: El actor se presentará á promover la conciliacion ante el juez que sea conciliador en el lugar donde resida el demandado. Los jueces de 1.º

instancia en la capital conocen de las conciliaciones á preven cion con los jueces menores.

Para celebrar el juicio de conciliacion, así el actor como el reo, concurrirán por sí ó por apoderado, con poder legítimo que comprenda la facultad de transigirse, sin que basten las cartas-poderes. Los que no comparezcan con esta legítima representacion, se tendrán por no presentados y se sujetarán á las penas de los que no comparezcan á la cita judicial.

El juez citará al demandado por cédula en que se esplique con claridad lo que se demanda y la persona que promueve, conminando al demandado con una multa de dos á cinco pesos, y fijándole dia y hora para la concurrencia. Si el demandado no comparece á la primera cita, se librárá á su costa la segunda, exigiéndole previamente la multa con que se le conminó. Si no comparece el demandante, se observará lo prevenido en tal caso para el juicio verbal.

La-cédula dicha se llevará por el comisario del juzgado, y se entregará al citado en la casa de su habitacion, y no hallándose en ella, á cualquiera persona de su familia, ó criados, ó quien viva en ella, tomándose razon del nombre y apellido del sugeto que la reciba, en un libro que se llamará de citas, y en el que se asentará todo lo que tenga relacion con ellas. Entre la citacion y el acto de

la comparecencia mediarán á lo menos dos dias naturales, teniendo la persona citada su residencia en el mismo lugar. Por motivos de urgencia manifiesta y grave, á juicio del juez, podrá reducirse el plazo al número de horas que se estime suficiente.

Quando para la comparecencia á conciliacion ante el juez conciliador competente, sea demandada alguna persona que exista en otra poblacion, la citará aquel por medio de oficio, que dirigirá al juez de su residencia, para que comparezca por sí ó por apoderado, dentro del término suficiente que se le prefiere, y no compareciendo, se tendrá por intentada la conciliacion.

Si ni á la primera ni á la segunda cita comparece el demandado, ó si renuncia espresamente la conciliacion, se librárá al actor el correspondiente certificado de haber promovido la diligencia sin efecto, espresando si fué por renuncia ó por simple falta de comparecencia del demandado. Tambien se dará por intentada el medio de la conciliacion y por concluido este juicio, si el demandado comparece ante el juez en virtud de la primera ó segunda cita, y dijere que renuncia el beneficio de la conciliacion.

Quando las partes asistieren, ya por sí ó por personas que las representen legítimamente, el juez

conciliador, ante el escribano ó testigos de asistencia, se impondrá de lo que espongan los interesados sobre la demanda, y procurará por cuantos medios le sean posible lograr la avenencia de los mismos interesados.

Cada juez conciliador formará un libro intitulado: *Libro de Conciliaciones*, en papel del sello 3º, que ministrarán las partes interesadas, y en cuyo libro se asentará la acta de lo que se practique en el juicio. Si las partes se transigieren, la acta se firmará por los interesados, con el juez, escribano ó testigos de asistencia; mas si no hubiere convenio, solo se asentará una razon suscita de haberse intentado la conciliacion sin efecto, y la autorizará el juez y escribano ó testigos de asistencia.

En el mismo libro de conciliaciones se asentarán las diligencias que se practiquen con este objeto.

Quando los interesados se convinieren, se les darán las copias certificadas que pidan del acta, en el papel del sello que corresponda, autorizadas por el escribano: si no hubiere convenio, se expedirá una certificacion firmada por el juez, de haberse intentado sin efecto la conciliacion, pagándose por las partes las costas de estos certificados, con arreglo á arancel.

Lo convenido en la conciliacion, tendrá la mis-

ma fuerza ejecutiva entre las partes obligadas, como si el convenio se hubiera celebrado por escritura pública, y en consecuencia, se hará cumplir ejecutivamente sin nueva conciliación, y no se admitirán otras excepciones que las que proceden en la vía ejecutiva.— Si después de dos meses de intentada la conciliación, no se pusiere la demanda, habrá necesidad de intentarla de nuevo para entablarla.

(Véanse los artículos desde el 272 hasta el 286 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

El actor no puede renunciar el beneficio de la conciliación, salvo en los casos exceptuados, pues este beneficio no solo se ha concedido á él, sino al bien público; y además, que como la ley manda que antes de los litigios se intente precisamente la conciliación, y el actor es quien la ha de intentar, claro es que no puede excusarse. El reo renuncia con frecuencia el beneficio, tácitamente no concurriendo al acto, ó espresamente anotando en renuncia en el reverso de la boleta, ó concurriendo al acto y diciendo que renuncia al beneficio; y con respecto á él, como no hay manera de forzarle, se le admite la renuncia, habiendo ya la ley hecho de su parte lo mas que podía para evitar el pleito.

En la conciliación nunca se atiende á fueros, ni importa el monto de los intereses que se versan en

el negocio de que se trata, pues es un acto de jurisdicción voluntaria en que se procura un amigable avenimiento, sin que en ningún caso pueda pronunciarse sentencia el juez, pues entonces convertiría la conciliación en un juicio. Pero cuando se transige en dicho acto, el juez interpone su autoridad para dar fuerza á lo convenido por las partes, y entonces, como ya indiqué, el certificado de este arreglo tiene fuerza de escritura pública.

Los hombres buenos que estableció la ley de 23 de Mayo para las conciliaciones, fueron quitados desde otra ley posterior, de 12 de Octubre de 1846.

En cuanto á ejemplos de las diligencias prácticas del acto conciliatorio, debe tenerse presente que las citas judiciales van casi en la misma forma que las del juicio verbal; con la diferencia de que en vez de decir que son para juicio verbal, se espresa en ellas que son para conciliación.

Acerca del acta que se levanta, es igual al ejemplo que pusimos también, con la diferencia de que los interesados, ó transigen en el acto ó no se avienen, pero en ningún caso se recibe el negocio á prueba, pues no se trata de juicio, es decir, no se trata de sentenciar, sino de avenir á las partes para que no pasen á un litigio.

Si no hubo arreglo en el acto conciliatorio, el actor pide por lo regular certificado de haber inten-

tado la conciliacion, y el juez se lo estenderá en estos términos poco mas ó menos:

Sello tercero.—Cuatro reales (ó medio real si la parte fuere pobre.)—Para los años, etc.—Fulano de tal, juez tantos, etc., certifico: que en el libro de conciliaciones, que se lleva en este juzgado de mi cargo, se halla una partida del tenor siguiente: En la ciudad tal, etc. (Sigue aquí igual á la acta que se levantó en el acto de la conciliacion.) Y en seguida dice el juez: Y para que conste, doy el presente en tal parte y con tal fecha, y firma con su nombre entero.

Si el demandado renunció la conciliacion, se expresará así en la acta que se levanta del caso, y que se copia en el certificado referido.

El actor, teniendo ya este certificado, puede pasar á poner la demanda por escrito, demostrando con aquel instrumento haber cumplido con ese importante requisito de interés general y particular que tuvieron presente las leyes al establecer la conciliacion.

CAPITULO VI.

DE LA DEMANDA, QUE ES EL SEGUNDO PASO DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO ESCRITO.

La demanda es un escrito por lo comun de corta estension en que se manifiesta un derecho ó accion, y lo que en virtud de él se pide.—La demanda viene á ser una especie de silogismo redondo, cuya proposicion mayor es un hecho que se refiere, la menor es un derecho proveniente del mismo hecho, y la conclusion es un pedimento en el que el demandante exige justicia.

Pondré aquí de manifiesto un ejemplo de demanda civil ordinaria, para que se comprenda mejor lo dicho.

“Señor juez tantos, etc., Lic. D. Fulano de tal: Víctor N., ante usted, por el ocurso que mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que en dos de Abril de 1851, presté á D. Jorge Z. la cantidad de veinte mil pesos, con el rédito de un cinco por ciento anual, y bajo la condicion de pagar los réditos adelantados por cantidades anuales, con hipoteca especial, por el capital y réditos, de la hacienda de San Lucas, ubicada en tal jurisdiccion, y para lo cual se

P. 6.

tado la conciliacion, y el juez se lo estenderá en estos términos poco mas ó menos:

Sello tercero.—Cuatro reales (ó medio real si la parte fuere pobre.)—Para los años, etc.—Fulano de tal, juez tantos, etc., certifico: que en el libro de conciliaciones, que se lleva en este juzgado de mi cargo, se halla una partida del tenor siguiente: En la ciudad tal, etc. (Sigue aquí igual á la acta que se levantó en el acto de la conciliacion.) Y en seguida dice el juez: Y para que conste, doy el presente en tal parte y con tal fecha, y firma con su nombre entero.

Si el demandado renunció la conciliacion, se expresará así en la acta que se levanta del caso, y que se copia en el certificado referido.

El actor, teniendo ya este certificado, puede pasar á poner la demanda por escrito, demostrando con aquel instrumento haber cumplido con ese importante requisito de interés general y particular que tuvieron presente las leyes al establecer la conciliacion.

CAPITULO VI.

DE LA DEMANDA, QUE ES EL SEGUNDO PASO DEL JUICIO CIVIL ORDINARIO ESCRITO.

La demanda es un escrito por lo comun de corta estension en que se manifiesta un derecho ó accion, y lo que en virtud de él se pide.—La demanda viene á ser una especie de silogismo redondo, cuya proposicion mayor es un hecho que se refiere, la menor es un derecho proveniente del mismo hecho, y la conclusion es un pedimento en el que el demandante exige justicia.

Pondré aquí de manifiesto un ejemplo de demanda civil ordinaria, para que se comprenda mejor lo dicho.

“Señor juez tantos, etc., Lic. D. Fulano de tal: Víctor N., ante usted, por el ocurso que mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que en dos de Abril de 1851, presté á D. Jorge Z. la cantidad de veinte mil pesos, con el rédito de un cinco por ciento anual, y bajo la condicion de pagar los réditos adelantados por cantidades anuales, con hipoteca especial, por el capital y réditos, de la hacienda de San Lucas, ubicada en tal jurisdiccion, y para lo cual se

P. 6.

otorgó escritura pública ante el escribano D. Juan S. (He aquí el hecho de la demanda.)

“Desde aquella fecha me habían sido pagadas con toda exactitud las anualidades adelantadas, hasta el año de 1854; pero en Enero de 1855, al hacerse al Sr. Z. el cobro de los réditos adelantados, como de costumbre, ha dicho: que no hay tal que tenga que pagar dichos réditos adelantados, pues en la escritura no se pone esta condición como precisa, sino para el caso de que él quiera voluntariamente, y que así no pagará en adelante sino por anualidades vencidas. Por noticias estrajudiciales he sabido que los negocios del Sr. Z. andan mal; y como se me pueden seguir perjuicios incalculables de que no se me paguen adelantados los réditos; y mas, cuando ni vencidos se me han pagado los del año de 1855, es muy justo vista la escritura que acompaño en 5 fojas útiles, que D. Jorge Z. me pague por anualidades adelantadas, como se expresa en la cláusula 4.ª, y á la foja 3.ª de dicha escritura, y no por años vencidos, como él dice. (He aquí el derecho ó la acción de la demanda.)

“He tratado de ver si el Sr. Z. tenia conmigo un avenimiento antes de dar este paso, y le

llamé á conciliacion; pero renunciando este beneficio, se negó á todo arreglo, como consta por el certificado que debidamente acompaño. Por tanto:

A usted suplico se sirva declarar que tengo derecho á cobrar al Sr. Z. las anualidades adelantadas por ser justicia que juro con lo necesario (He aquí el pedimento de la demanda.)

Aquí la fecha toda de letra.

Firma del actor.

Firma del abogado.

Otrosí: digo que el actor vive en tal parte.—
Fecha ut supra.

Firma del actor.

He querido que no faltase nada á esta demanda, y por eso indiqué hasta el lugar en que deben ir las firmas. Ahora paso á explicar brevemente los requisitos de este escrito; y sin duda que, con el ejemplo al lado, se comprenderá todo perfectamente.

Los requisitos que debe tener una demanda, se expresan en estos disticos:

Quis, quid, coram quo, quo jure petatur et á quo
Recte compositus quisque libellus habet.

Lo que quiere decir en buen castellano, que debe ponerse en la demanda el nombre de quien pide, la cosa que se pide, el nombre del juez ante

quien se pide, el derecho con que se pide, y el nombre de aquel de quien se pide. El escrito de demanda deberá ser claro además, para que no pueda oponerse la escepcion de *libelo oscuro*; debe espresar, como se ve en el ejemplo, la casa en que vive el actor para que se le hagan las notificaciones, y la fecha deberá ir toda de letra. (Artículos 320, 552 y 553 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

La accion que se ha intentado en la demanda puede modificarse, pero no variarse, pues en este caso se necesitará el consentimiento del demandado. La razon es, que se considera que hay un cuasicontrato por el que ambos litigantes se obligan á guardar la materia y la forma del juicio, y para variarla, es necesario el consentimiento de ambos, se entiende cuando ya se contestó la demanda.

No debe pedirse en la demanda mas de lo que se debe, para no incurrir en el vicio de *plus petition*; y si se incurre en este defecto, en la práctica de hoy se sale condenado en las costas, pues las penas antiguas sobre esto ya no están en uso. (Peña y Peña, Práctica forense)

Acerca de las fórmulas que debe tener la demanda, diremos que antiguamente eran muchas, pero que en el día están reducidas á muy pocas, pues una ley de la Recopilacion, (l. 10, lib. 4, tít.

17) da valor al juicio, aunque en él se omitan muchas de sus formalidades, y además, que el juez está obligado á administrar justicia á las partes en todo lo que la tengan, probada solo la verdad del hecho, y aun prescindiendo de dichas fórmulas.

Solo dos fórmulas han quedado de las antiguas, y se usan hoy en la práctica en la demanda. La primera consiste en poner al principio del escrito: "Como mas haya lugar en derecho," ó "como mejor proceda, y salvas las protestas oportunas, digo;" cuya cláusula sirve para que la demanda se sostenga del modo mas conforme á derecho, sin que se renuncien los demás. La otra fórmula termina el escrito, y dice: "Por ser justicia que juro con lo necesario;" y esto no es mas sino el juramento de calumnia, que la ley de Partida cita con el nombre de mancuadra, y que se debe hacer al principio de todos los pleitos: por él jura el actor que cree ser justo su derecho y que no procede de mala fé.

Acerca del papel sellado en que debe ponerse la demanda, diré que deberá ser del sello tercero, menos para los notoriamente pobres, que usarán del sello quinto, pidiendo en un otrosí agregado á su demanda, que se les ayude por pobres, en calidad de por ahora; y el juez los declara pobres de solemnidad por medio de este auto, poco mas ó

menos: *Tal ó cual cosa*, en cuanto á lo principal; y en cuanto al *otrosí*, como lo pide en calidad de por ahora, y no oponiéndose el oficio." Esto de no oponerse el oficio, quiere decir, que no oponiéndose el escribano, pues si se opone, se tiene que rendir una informacion de tres testigos que declaren sobre la pobreza, y la prueben con sus declaraciones.

En cuanto á la forma natural que debe tener la demanda, diremos, que el papel debe tener un márgen equivalente á la cuarta parte de la plana, y cuyo márgen debe quedar siempre á la izquierda, doblándosele además una ceja, para que pueda agregarse al cuaderno sin riesgo de que coja lo escrito. Al principio del escrito de demanda, generalmente se deja un espacio para que el juez ponga su auto, pues aunque debiera hacerlo como está mandado, al final del repetido escrito, en la práctica se acostumbra sin embargo, que lo haga al principio. Y por último, es de advertir, que al hacer la repetición del pedimento, se debe sacar el "A Usted pido se sirva, etc." al márgen como se nota en el ejemplo.

Pasando en conclusion á las firmas, diré que deben firmar la demanda, el actor y un abogado que sea su patrono; de manera que no debe admitirse escrito alguno de demanda sin firma de abo-

gado; (Art. 9 del cap. 2, y 5 del cap. 3 del derecho de 9 de Octubre de 1812; art. 552 de la ley de 29 de Noviembre citada), siendo la razon de esto, que los abogados están destinados á dirigir los pleitos, y han estudiado para ello; mientras que las partes, sin conocimiento en la materia por lo comun, pedrán trastornar el curso del negocio, ó interrumpir así la pronta administracion de justicia. De manera que solo podrán ir sin firma de abogado, segun el tenor de las leyes citadas, los escritos que se llaman de cajon; es decir, aquellos en que, ó no se versan puntos de derecho, ó se versan algunos conocidísimos, como el de acusar rebeldía, pedir próroga de plazo, etc.

Pues a ya la demanda de la manera antes dicha, y firmada por el abogado y la parte actor, ya sea ésta por sí ó por apoderado, se formará un cuaderno en que se cosearán los documentos todos, comenzando por el poder, si hay alguno, pues la personalidad es ante todo; en seguida se pondrá el certificado de haberse intentado la conciliacion, luego las escrituras ó documentos que se mencionan en la demanda para apoyarla, y por último, el escrito mismo de demanda, teniendo cuidado de que haya quedado papel sellado suficiente, para que el juez ponga el auto.

Formado este cuaderno, que tendrá una hoja

blanca al frente para poner la carátula, el abogado, convenido ya con la parte actora, acerca de quién deba ser el juez que conocerá del asunto, para lo cual tendrá presente lo que mas adelante se dirá del fuero competente, entrega el referido cuaderno al escribano que esté señalado á dicho juez, y cuyo escribano es el que se encarga de dar cuenta con el negocio. Cuando no hay escribanos señalados para los juzgados, entonces se elige el que parezca mas conveniente.

Como en el escrito de demanda debe constar una accion ó un derecho contra alguna persona ó cosa; y como es tan interesante la fijacion de este derecho para el mejor curso y expedicion del negocio, es tambien importantísimo examinar la naturaleza de las acciones y derechos que se alegan en los juicios, y para ello destinaremos el capítulo siguiente.

CAPITULO VII.

DE LAS ACCIONES O DERECHOS DE QUE SE ORIGINAN LAS DEMANDAS, Y DEL TIEMPO QUE DURAN ESTAS ACCIONES, O DE LA PRESCRIPCION.

Se llama accion el derecho que tenemos para reclamar alguna cosa.

La primera division de las acciones es en reales,

personales y mistas. Acciones reales son aquellas que se dirigen á una cosa, sin relacion á la persona que la posee; personales son las que se dirigen á una persona, sin relacion á la cosa, y mistas son aquellas que participan de una y otra.

Las acciones reales, ó nacen del dominio en la cosa, como la reivindicatoria, por la que reclamamos una cosa nuestra, y la publiciana, por la que pedimos que se nos devuelva una cosa que estábamos prescribiendo de buena fé, y que se nos ha quitado; ó nacen de la servidumbre, como la confesoria, por la que pedimos que tal predio confiese deber una servidumbre; y la negatoria, por la que pedimos se declare á nuestro predio libre de una servidumbre; ó nacen de una prenda, como el derecho de prenda, que tiene lugar cuando se nos ha asegurado un crédito con una cosa mueble, y el de hipoteca, que existe cuando se nos asegura una deuda con una cosa raíz.

Las acciones personales nacen de ciertas obligaciones contraidas tácita ó espresamente con algunas personas. De obligaciones contraidas tácitamente, ó lo que es lo mismo, de los cuasi contratos nacen derechos que se denominan lo mismo que el cuasi contrato de donde se derivan: así, de la tutela y curadería nacen acciones contra los tutores y curadores para obligarles á que rindan cuentas, por

ejemplo; de la gestion de negocios nace igual accion, y los tutores, curadores y apoderados, tienen tambien sus derechos contra los poderdantes para exigirles sus honorarios y lo demás que les deban en justicia. De obligacion expresa, es decir de los contratos, nacen tambien multitud de acciones: así, de los contratos reales, que son el mútuo, comodato depósito y prenda, nacen las acciones de mútuo la primera, y las demás, dos de cada contrato y que se llaman directas y contrarias de comodato, depósito y prenda. Del contrato verbal nace la accion para reclamar aquello á que alguno se obligó, y del literal resulta la accion para obligar al que puso un recibo, á pagar la cantidad que confiesa en él haberrecibido. De los cinco contratos consensuales, á saber, compra-venta, locacion-conduccion, enfiteusis, compañía y mandato, resultan en cada uno las dos acciones de su nombre, directas ambas, menos en el mandato, en que una es directa y la otra contraria. Los inominados producen acciones tambien inominadas á favor del que dió ó hizo por su parte, para obligar al que prometió dar ó hacer, ó cumplir algun contrato.

Hay tambien otras acciones personales que nacen de la equidad, como la accion ad exhibendum, por la que aquel que ha perdido una cosa mueble

ó algun documento, pide que le enseñe aquel de quien sospecha tenerlo en su poder; la accion interrogatoria, por la que se tiene derecho para hacer ciertas preguntas, por ejemplo, las que quiera hacer el acreedor al deudor acerca de si es suya la firma, ó de si reconoce la deuda; los interdictos ó acciones extraordinarias, que tienen lugar cuando se disputa la posesion ó cuasiposesion; la accion rescisoria que se dá para rescindir el contrato en que hubo perjuicio de mas de la mitad del justo precio, ó cuando intervino miedo ó fuerza grave, dolo, menor de edad, ausencia por causa de la República, ó enagenacion hecha á persona poderosa para hacer parcial el juicio; y por último, la condicion sin causa, que tiene lugar cuando alguno posee algo sin buena razon; por ejemplo, un sastre que hubiere perdido un vestido y que lo haya pagado al dueño, tiene derecho para que, si el dueño encuentra aquel vestido, ó le devuelva el precio ó el mismo vestido. Tambien la accion pauliana nace de la equidad, pero como es mista, hablaremos luego de ella.

Las acciones mistas tienen lugar en cuatro casos: en la petition de una herencia, en la particion de una herencia ó cosa comun, en la fijacion de límites á un campo, y cuando se trata de anular las enagenaciones que un deudor ha hecho con fraud^e

de sus acreedores, cuya última acción es la que se llama pauliana.

Hay ciertas acciones á las que se da el nombre de perjudiciales, porque preceden á un juicio, y algunas de ellas se llaman también perjuiciales, porque perjudican aun á los que no litigan, siendo ésta una escepcion de la regla de que solo salen perjudicados en el juicio los que intervienen en él. Así, por ejemplo, es acción perjudicial aquella por la que se trata de averiguar si uno es hijo del que se sospecha ser padre, ó al contrario, y ésta también es perjudicial, porque si se declara que es hijo de quien se sospechaba, tendrá ya su legítima en los bienes paternos, y los demás que se han declarado hermanos, tendrán disminuidas sus porciones. Esta es la única acción prejudicial y perjudicial que existe entre nosotros.

Pueden dividirse también las acciones en persecutorias de la cosa, que son aquellas por las cuales perseguimos la cosa; penales, que son aquellas por las que perseguimos la pena, y mistas, que son las que participan de ambas. Pero la división que adoptamos al principio, abarca todas las demás que pudieran hacerse, excepto las penales de que no tratamos en este libro.

Existen otras tres acciones que pueden calificarse de personales, puesto que nacen de una obliga-

ción tácitamente contraída; tales son: la ejercitoria, la institoria y la funeraria, á las que puede agregarse la que resulta del daño causado por las bestias, y cuyo daño se llama pauperie. De estas acciones, la ejercitoria se dá contra el dueño de una nave por los contratos celebrados con el maestre de ella; la institoria se dá contra el dueño de una tienda por los contratos celebrados por el patron de ella; y la funeraria se dá contra los herederos del difunto para que paguen los gastos hechos en el entierro.

En la práctica de los juicios se dividen generalmente las acciones en ordinarias y ejecutivas, segun el juicio que, atendida la fuerza de ellas, puede seguirse; ó mas claro, segun que se pide con ellas, que se declare deberse alguna cosa ó cantidad, ó segun que están bien probadas y se dirigen violentamente á reclamar el pago, por llevar aparejada ejecución. También se dividen en sumarias y sumarísimas, segun el juicio que provocan.

Creo conveniente hablar aquí acerca de la duración de las acciones, pues al que va á poner demanda le importa mucho saber si está vivo su derecho, puesto que, si no lo está, y lo intenta, saldría perdiendo su tiempo y su dinero. Quiero hablar de la prescripción.

Como resultarian perjuicios y trabas á la admi-

nistracion de justicia, de que las acciones duraran vivas siempre, las leyes han fijado, en obsequio de la certidumbre de los derechos, los plazos de tiempo que deben durar las acciones, segun sea la naturaleza de ellas.

Se ha establecido en consecuencia que las acciones reales duren tanto quanto dura el derecho de prescribir la cosa de que se trata, es decir, tres años para las cosas muebles, y diez entre presentes y veinte entre ausentes para las inmuebles. (LL. 9, 17 y 18, tít. 29, p. 3.)

Las acciones personales duran generalmente veinte años, ya sea que se considere sola la accion, ó ya con ejecutoria dada sobre ella. (L. 5, tít. 8, lib. 11 de la N.) El derecho de ejecutar dura los diez primeros años, y en seguida queda sola la accion ordinaria. (L. 3, tít. 13, lib. 3 del Ordenamiento real, que no está derogada, como creen algunos, por la ley 5, tít. 8, lib. 11 de la N., y l. 6, tít. 15, lib. 4 de la R.)

Las acciones mistas duran treinta años, segun la ley últimamente citada.

Pero entre las acciones personales y mistas, hay algunas que duran mas tiempo del que se establece por la regla general, y otras que duran menos, de modo que es preciso anotarlas para que se tengan presentes. La accion para recobrar los bienes

raíces de las iglesias, dura cuarenta años, pues para los muebles sigue la regla comun, y el mismo tiempo duran las acciones de alguna ciudad ó villa, (L. 7, tít. 29, p. 3) aunque pueden pedir la restitution. Con respecto á prescripcion de las acciones de los menores, dispone la ley 2, tít. 25, p. 3, que las prescripciones de veinte ó menos años no corran contra ellos, sino en el caso de que hayan comenzado contra sus mayores, y entonces tiene lugar la restitution, solo en quanto al tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; mas las de mayor tiempo, corren sin distincion contra los mayores de catorce años, y tiene lugar en quanto al todo la restitution.

La restitution en integrum dura cuatro años, contados desde el dia en que se sufrió el daño; pero los menores gozan esta accion hasta los cuatro años siguientes al tiempo de su mayor edad; y es de advertir que tanto los menores como las iglesias, el fisco y las comunidades, tienen treinta años para entablar la accion de restitution en integrum, siempre que el daño ó menoscabo que sufieron exceda de mas de la mitad del justo precio de la cosa. (LL. 8 y 10, tít. 19, p. 6.) A esta accion se llama rescisoria.

Las acciones que tienen los abogados para cobrar sus honorarios, las de los apoderados, botica-

rios, joyeros, tenderos, criados por sus salarios, etc., se prescriben á los tres años. (LL. 32, tít. 16, lib. 2 de la R., y 10, tít. 11, lib. 10 de la N.)

Las acciones redhibitoria y cuanti-minoris que tienen lugar en la compra-venta, la primera para deshacer el contrato por daño oculto, y la segunda para que se pague solo el daño ó la disminucion de la cosa, duran los dos un año. (L. 63, tít. 5, p. 5.)

La accion pauliana dura solamente un año, pues este plazo duraba entre los romanos, de quienes se tomó.

La accion para reclamar la posesion de una cosa, prescribe al cabo de un año y un día por la misma razon.

Es de observarse, sin embargo, que para la prescripcion de todos estos derechos que hemos fijado aquí, se exigen los mismos requisitos que para la prescripcion en general, tales son: la buena fe, el justo título, la capacidad en el que prescriba y en la cosa, el tiempo definido por la ley y la posesion continua. Acerca de la buena fe, parece de todo punto indispensable para la prescripcion, y lo es ciertamente por decreto canónico (Decretales de Gregorio IX, lib. 2, tít. 26, cap. 20), sin embargo, la ley 19, tít. 29, pág. 3, fija el tiempo de treinta años para la prescripcion de las cosas que se po-

seen de mala fe. Bien visto el negocio, creo que en la práctica debemos atenernos al derecho canónico. Acerca del justo título, que se entienda ser el fingido, pues por el verdadero no hay necesidad de la prescripcion para adquirir, los autores lo dividen en putativo, colorado y presunto. Putativo es el título que creíamos hábil, y que en realidad no lo es, como cuando alguno cree que posee por donacion y posee solo por préstamo, cuyo título es hábil para las servidumbres. El colorado es el que tiene las apariencias de verdadero, aunque en realidad no lo es, como cuando alguno ha comprado una cosa del que no es su verdadero dueño, aunque le cree tal: este título basta para la prescripcion ordinaria de tres, diez y veinte años. (Argum. de la ley 9, tít. 29, p. 3.) Y finalmente, el título presunto que es el que concede la ley, y sirve para las prescripciones de mas de veinte años. Tambien se exige para la prescripcion, capacidad en el que prescribe, es decir, que tenga la facultad de adquirir, aunque lo haga por medio de su representante, como sucede con los menores, y que la cosa no sea de las prohibidas para prescribirse, como las que se llaman sagradas, santas ó religiosas; las cosas hurtadas ó poseidas con mala fe, y las de los menores, ciudades, iglesia, fisco, que tienen las restricciones indicadas arriba. Acer-

ea del tiempo que han fijado las leyes para la prescripción, creo haber dicho bastante. La posesion continua consiste en que el poseedor de una cosa no haya sido despojado de ella violentamente ni se le haya puesto demanda sobre la misma cosa. Con respecto á las obligaciones personales, que consisten en deudas, por ejemplo, la posesion continua consiste en que no se hayan cobrado durante el tiempo necesario para su prescripcion.

Acercas de las acciones que pasan á los herederos, diremos, que las persecutorias de la cosa pasan á ellos y se dan contra ellos; y las penales no pasan á ellos y se dan contra ellos, á menos que el difunto haya contestado el pleito. Las mistas participan de la naturaleza de ambas.

De absoluta necesidad es que el abogado examine bien el negocio que se le presenta, y procure descubrir y aclarar la accion que mejor pueda intentar para el buen éxito de su asunto; pues si yerra en la eleccion de su derecho al principio del negocio, claro es que perderá el tiempo y el dinero, haciéndose responsable para con su cliente, de los malos resultados que pudiera acarrearle.

CAPITULO VIII.

ANTE QUE JUEZ DEBE PRESENTARSE LA DEMANDA,
O LO QUE ES LO MISMO, DEL FUERO COMPETENTE.

El tercer paso del juicio ordinario escrito es el de llevar la demanda ante un juez; pero es preciso que este juez sea tal que tenga poder sobre el demandado, puesto que si no lo tiene, dicho demandado no está en la obligacion de obedecerle, y así se perderia el tiempo. Siendo, pues, este punto de tanta importancia, merece que le examinemos atentamente.

Se llama *fuero* el tribunal en que debe ser juzgada la persona contra quien se procede. El fuero se divide en comun y privilegiado. Fuero comun es aquel ante quien se demanda al comun de las personas. Privilegiado es aquel ante quien se demanda solo á cierta clase de personas ó cosas, que tienen su autoridad propia concedida por las leyes.

El fuero comun reside entre nosotros en los jueces menores, conciliadores ó letrados para la primera instancia de los negocios comunes, segun sea el interés que se verse en ellos; y las segundas y terceras instancias van á los tribunales superiores de los Departamentos ó al supremo tribunal de la nacion, segun las circunstancias de intereses y lugares de los mismos negocios.

ea del tiempo que han fijado las leyes para la prescripción, creo haber dicho bastante. La posesion continua consiste en que el poseedor de una cosa no haya sido despojado de ella violentamente ni se le haya puesto demanda sobre la misma cosa. Con respecto á las obligaciones personales, que consisten en deudas, por ejemplo, la posesion continua consiste en que no se hayan cobrado durante el tiempo necesario para su prescripcion.

Acercá de las acciones que pasan á los herederos, diremos, que las persecutorias de la cosa pasan á ellos y se dan contra ellos; y las penales no pasan á ellos y se dan contra ellos, á menos que el difunto haya contestado el pleito. Las mistas participan de la naturaleza de ambas.

De absoluta necesidad es que el abogado examine bien el negocio que se le presenta, y procure descubrir y aclarar la accion que mejor pueda intentar para el buen éxito de su asunto; pues si yerra en la eleccion de su derecho al principio del negocio, claro es que perderá el tiempo y el dinero, haciéndose responsable para con su cliente, de los malos resultados que pudiera acarrearle.

CAPITULO VIII.

ANTE QUE JUEZ DEBE PRESENTARSE LA DEMANDA,
O LO QUE ES LO MISMO, DEL FUERO COMPETENTE.

El tercer paso del juicio ordinario escrito es el de llevar la demanda ante un juez; pero es preciso que este juez sea tal que tenga poder sobre el demandado, puesto que si no lo tiene, dicho demandado no está en la obligacion de obedecerle, y así se perderia el tiempo. Siendo, pues, este punto de tanta importancia, merece que le examinemos atentamente.

Se llama *fuero* el tribunal en que debe ser juzgada la persona contra quien se procede. El fuero se divide en comun y privilegiado. Fuero comun es aquel ante quien se demanda al comun de las personas. Privilegiado es aquel ante quien se demanda solo á cierta clase de personas ó cosas, que tienen su autoridad propia concedida por las leyes.

El fuero comun reside entre nosotros en los jueces menores, conciliadores ó letrados para la primera instancia de los negocios comunes, segun sea el interés que se verse en ellos; y las segundas y terceras instancias van á los tribunales superiores de los Departamentos ó al supremo tribunal de la nacion, segun las circunstancias de intereses y lugares de los mismos negocios.

El fuero privilegiado lo es, ó por razon de la causa, materia ó cosa de que se trata, y entonces se llama ó puramente eclesiástico si se trata de las causas espirituales, ó de hacienda cuando se versan intereses del erario, ó de minería si se litiga asunto de minas, ó mercantil si se trata de cosa del comercio; ó es el fuero privilegiado directamente por razon de las personas, como el eclesiástico para los negocios civiles y causas profanas, el militar para lo civil y para los delitos contra la Ordenanza, y el fuero de los altos funcionarios.

Los fueros privilegiados, excepto el de hacienda, que se funda en el bien público, y el eclesiástico para las causas puramente espirituales, que se funda en la jurisdiccion innegable de la Iglesia, ejercida por sus legítimos pastores, están sujetos á las vicisitudes de nuestras leyes, que los suprimen ó los realzan indistintamente. Así hoy por ejemplo, están derogados por la ley de 23 de Noviembre de 1855 los fueros de minería y el mercantil, que no han sido rehabilitados por las leyes posteriores, y que se refundieron en el fuero comun desde aquella fecha. El fuero eclesiástico para los negocios civiles y criminales comunes, y el militar, aunque también fueron suprimidos por la disposicion referida de 23 de Noviembre de 1855, han sido rehabilitados por la ley de 28 de Enero de 1858.

En cuanto á los fueros privilegiados, consideraremos por su órden los que existen hoy vigentes entre nosotros. De los privilegiados por razon de la materia, causa ó cosa, el primero dijimos que es el eclesiástico en lo puramente espiritual. El tribunal ó fuero para los negocios espirituales, lo forma el provisor ó vicario general del obispo en la primera instancia, sin que pueda apelarse á este último, por ser una misma persona con aquellos y con sus delegados. La segunda instancia, si en la primera juzgó un sufragáneo, pertenece al metropolitano, y si conoció éste, toca al sufragáneo mas cercano; y la tercera, en el primero de estos casos debe tocar al obispo mas cercano respecto del que comenzó el asunto, y en el segundo, al obispo que despues del que conoció de la apelacion esté mas próximo al metropolitano. (Breve del Señor Greg. XIII, mandado observar por la ley 10, tít. 9, lib. 1 de la R. de Indias.)

El tribunal, para el fuero privilegiado de hacienda, está representado en primera instancia por los jueces llamados de hacienda ó de distrito, y á él se llevan los asuntos que interesan al fisco. En la segunda instancia el conocimiento de los negocios toca á los tribunales superiores, de circuito, ó al tribunal supremo de la nacion, segun el interés que se verse y el lugar en que se trate el negocio.

Los fueros de minería y mercantil no están vigentes por ahora, y como ya dije, quedaron refundidos en el fuero común, aunque sujetándose sus resoluciones á las ordenanzas respectivas de Minería y de Bilbao.

Entre los fueros privilegiados directamente por razon de las personas, cuento primero el eclesiástico en cuanto á los negocios civiles y delitos comunes. Este fuero ó tribunal tiene su primera instancia en el obispo del lugar, ó sus delegados, ya sea el provisor, vicario general, juez de capellanías ú obras pías, segun el asunto de que se trate: la segunda instancia se verifica de la misma manera que dijimos para los casos meramente espirituales, y lo mismo la tercera instancia. Así es que de una demanda civil puesta á un clérigo de Méjico, conocerá en primera instancia el arzobispo de dicha capital ó sus delegados; en segunda instancia conocerá el obispo de Puebla, y en tercera el de Michoacán: y si la primera instancia fué en Puebla, la segunda será en Méjico y la tercera en Oajaca. (Véase el Breve y ley citados.)

El segundo de los fueros privilegiados por razon de las personas, es el militar para los negocios civiles ó delitos contra Ordenanza; y este fuero tiene su primera instancia en el comandante general, que conocerá de los negocios con dictámen de ase-

sor, y su segunda y tercera instancias en el tribunal de la guerra.

El tercer fuero privilegiado por razon de las personas, es el de altos funcionarios; y las instancias de los negocios así de lo civil como de lo criminal que se ofrezcan, varían de tribunal segun las personas que se interesan. La primera instancia de los negocios civiles y causas criminales comunes que se promovieren contra los secretarios del despacho y consejeros de Estado, prévia la declaracion del consejo de haber lugar á la formacion de causa, así como las de responsabilidad de los gobernadores de los Estados y jefes políticos de los territorios, corresponde por turno desde la primera instancia á las salas segunda y tercera del tribunal supremo de la nacion. Los negocios criminales y civiles de los empleados diplomáticos y cónsules de la República, tienen el mismo tribunal. Los asuntos civiles y criminales de los magistrados, fiscales y promotores de los tribunales superiores, comunes y especiales, y del tribunal de la guerra, tienen su primera instancia en una de las salas indicadas del supremo tribunal. Igualmente van allí las causas de responsabilidad que deben formarse contra los jueces de los negocios, cuyas apelaciones corresponden al tribunal supremo, y contra los subalternos inmediatos del

mismo, por faltas, escases ó abusos cometidos en el servicio de sus destinos. Todos estos negocios, como dije antes, corresponden por rigoroso turno á las salas segunda y tercera de la suprema corte de justicia, y aquella á quien toque, conocerá de ellos en primera instancia, correspondiendo la segunda á la otra sala de las dos expresadas, y la sala primera conocerá en tercera instancia de los propios negocios y causas. (Artículo 137 del decreto de 9 de Octubre de 1812, y artículos del 175 al 182 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.) En cuanto á los negocios civiles y criminales que se ofrezcan contra los ministros, fiscal y procurador general del supremo tribunal de la nacion, toca su conocimiento á un tribunal compuesto de diez y seis individuos letrados que nombrará el presidente de la República, y cuyo tribunal estará dividido en tres salas. (Artículos del 95 al 103 de la ley de 29 de Noviembre citada). Los ministros extranjeros y otros enviados diplomáticos tienen el privilegio de no poder ser juzgados civil ni criminalmente sino por sus gobiernos respectivos. (Vattel, Derecho de gentes, lib. 4, caps. 7, 8 y 9.) El presidente de la República podrá ser juzgado hasta dos meses despues de cumplido su encargo; y entonces, prévia la declaracion de la cámara de diputados de haber lugar á la formacion de causa, pasará el negocio

á la suprema corte de justicia. (Constit. fed., art. 12 del acta de reformas).

Generalmente todos claman contra la existencia de los fueros especiales, alegando que en una república libre como la nuestra, debe haber solo un tribunal en que sean todos juzgados sin distincion, para que no sea ilusorio aquello de la igualdad ante la ley. Pero se debe advertir respecto de este punto, que esta igualdad ante la ley existe, aun cuando no haya un solo tribunal para todos; y si hay varios legítimamente establecidos, lo que quiere decir es, que la administracion de justicia no será igual para todos en cuanto á la forma, pero sí en cuanto á su esencia, que consiste en dar á cada uno lo que es suyo. Otra objecion que se alega en contra de los tribunales especiales, es la de que cada juez especial querrá proteger decididamente á los que gozan el fuero de su tribunal, aun con perjuicio de las demás clases; pero quien alega esta objecion, se figura á los jueces sin delicadeza, y tal vez venales, cosa que podria objetarse tambien á todos los tribunales, si no fueran, como lo son en efecto, representados por hombres de conocida probidad y legítimamente constituidos.

Es cierto que la abundancia de tribunales especiales complica á veces la administracion de justicia, haciéndola además tan costosa, que casi no

puede cubrirse su presupuesto, como ya lo han notado algunos calculistas; pero es también innegable que en ciertos casos, la naturaleza misma de las cosas y el bien público exigen tribunales especiales para el conocimiento de ciertos negocios que, ó necesitan ser tratados con gran tino, ó un conocimiento profundo en ciertas materias.

En la naturaleza misma de las cosas y en el bien público se fundan los fueros especiales por razón de la causa, como el fuero eclesiástico en lo espiritual, y el de hacienda que han existido siempre. Los demás fueros privilegiados por razón de la causa, materia ó cosa, como el de minería y el mercantil, se fundan en el conocimiento especial que se necesita para ciertas materias, pues es clarísimo que en los ramos de minas y comercio, para que se administre rectamente justicia es preciso que los jueces tengan una dedicación exclusiva en sus negocios respectivos y agena de otros asuntos comunes.

En el bien público se fundan los demás fueros relativos directamente á ciertas personas, como el eclesiástico en lo civil, el militar y el de altos funcionarios; y aunque no entraré aquí en una larga enumeración de los beneficios que de ellos resultan á la causa pública, solo observaré que los fundamentos en que se apoya el fuero eclesiástico en

cuanto á los delitos comunes y sus negocios civiles, y la antigüedad de las concesiones en virtud de las cuales gozan los eclesiásticos este privilegio, merecen suma consideración é importancia.

Dijimos al principio de este capítulo, que había dos clases de fueros; el común y el privilegiado; y como ya hemos dicho bastante acerca de ambos, es tiempo de que pasemos á tratar de las reglas que se dan para saber qué fuero deberá elegir el demandante, advirtiéndole que las voces juez competente, tribunal competente y fuero competente, quieren decir lo mismo.

Hay dos reglas que son generales á todos los fueros: es la primera, que al actor toca elegir el juez ante quien deba poner su demanda; la segunda dice que el actor deba seguir el fuero del reo. La escepcion única de esta regla es la reconveccion.

Catorce son las causas que surten el fuero común de que vamos á tratar, según la ley de Partida (ley 32, tít. 2, p. 3), y ya el Sr. Peña y Peña ha hablado perfectamente sobre ellas. Pero en la práctica, estas catorce causas se reducen á cuatro, que son las únicas de que hablaremos aquí, y que consisten en el domicilio, contrato, delito y lugar donde está ubicada la cosa.

Surte fuero el domicilio, porque nada más justo

ni propio que demandar á uno en el lugar donde mora. Surte fuero el contrato, porque si hay algo natural, es que uno cumpla la obligacion en el lugar donde se obligó. Surte fuero el delito, porque el reo ha ofendido la vindicta pública en el lugar donde cometió el delito, y allí es donde debe la satisfaccion. Y surte fuero la ubicacion de la cosa, porque está muy en el órden que se siga el juicio en el lugar donde está la cosa que se disputa.

De estas cuatro causas que surten el fuero comun, las leyes de todos los tiempos y países consideran como mas importante la del domicilio, fundándose en mil razones, y siendo la mas notable, la de que este fuero es el mas natural desuyo, y el mas benéfico é importante á la causa pública, y que de lo contrario se trastorna el órden en el sistema jurídico, pues nada hay mas injusto y atroz que arrancar á una persona del lugar donde tiene sus bienes, su familia y sus intereses todos, para ir á juzgarla en otra parte lejana, tanto mas, cuanto que en el lugar de su domicilio, el juez ha sido testigo de sus acciones, y puede aclararse mas fácilmente la verdad de los hechos.

El fuero del domicilio es acumulativo con los demás; es decir, que cuando concurre con otro, por ejemplo, con el de la ubicacion de la cosa ó el del contrato, el actor puede elegir al principio uno de-

los dos fueros, pero con la precisa condicion de que si el actor elige el lugar de la cosa, ó el contrato, el reo se encuentre allí donde le demanda, y si el demandado no se encuentra allí, no podrá demandarle sino ante el juez de su domicilio. Esta es la opinion de todos los autores que se fundan en la ley 4, tít. 3, p. 3, que dice: "Responder non debe el demandado en juicio ante otro alcalde, si non ante aquel que es puesto para judgar la tierra do el mora quotidianamente."

Acerca del fuero del delito, es preciso advertir que el reo está obligado precisamente á comparecer ante el juez del lugar donde cometió el crimen, pues allí está ofendida la vindicta pública y allí debe ser satisfecha. Pero si dicho reo se fugase, entonces deberá ser juzgado donde le cojan.

Algunos autores opinan que el fuero del domicilio padece sus escepciones, y que una de ellas tiene lugar cuando se trata de despojo violento, estando el dueño de la finca despojante á una gran distancia, pues en este caso, dicen los dichos autores que debe llamársele para que responda del despojo que hicieron sus dependientes, y se administre así pronta justicia.

Sin embargo, no hay una razon terminante para que deje, en el caso propuesto, de ser preferido como lo manda la ley, el fuero del domicilio. Es

cierto que á veces tendria la culpa del despojo al dueño que estaba distante de su finca que despojó, pero podria suceder tambien, y esto es lo que debe presumirse, que el dueño no tuviese tales intenciones de despojar, ni hubiese tomado parte alguna en el hecho; y si en este caso, que repito es muy frecuente, se atendiera mas al fuero de la ubicacion de la cosa que al del domicilio, se cometeria la injusticia mas atroz arrastrando al dueño de la finca despojante, para irle á juzgar á una gran distancia, y por un juez que, en el caso, seria de todo punto extraño é incompetente. En mi opinion—que fuera pobre á no estar fundada en la pluma del Sr. Peña y Peña—debe seguirse aquí la regla general, y eso es todo. ¿Estaba presente (al poner la demanda) en la hacienda que despojó, el dueño de ella?—Sí lo estaba.—Pues entonces el actor puede escoger el lugar del domicilio del despojante, ó el lugar de la ubicacion de la cosa para poner su demanda.—No estaba presente.—Pues entonces no hay eleccion, sino que solo puede ponerse la demanda en el lugar del domicilio del despojante.—¿Podrá darse cosa mas clara y natural?

Se han suscitado muchas cuestiones en el foro mejicano sobre esta preferencia entre el fuero del domicilio y el de la ubicacion de la cosa, y á me-

nudo se vieron reñidas competencias causadas por un artículo de la Constitucion del Estado, que parecia preferir el fuero de la ubicacion de la cosa al del domicilio, aun cuando el dueño no estuviese en el lugar donde estaba la cosa. Decia el citado artículo: "Corresponde esclusivamente á los tribunales del Estado el conocimiento de los pleitos y negocios de bienes existentes en su territorio, y de los que miran al estado y condicion de sus súbditos." No hay ya necesidad de considerar detenidamente esta cuestion, que se encuentra muy bien tratada por el Sr. Peña y Peña en su magnífica obra de Práctica forense mejicana, y en el capítulo de "Coram quo." Diré solo brevemente, que en todas las cuestiones ocurridas sobre dicho punto, se declaró por los tribunales, que el artículo de la citada Constitucion no podia trastornar en manera alguna un principio tan generalmente adoptado por todas las legislaciones, y que debía entenderse dicho artículo, sin perjuicio de la jurisdiccion ordinaria de los jueces de la Federacion. Terminó por fin la disputa la ley de 23 de Mayo de 1851.

Hay un caso en que puede demandarse al reo en cualquiera parte en que esté, y este caso tiene lugar cuando se trata de demandar á un vago, pues no teniendo domicilio fijo, claro es que no está sujeto á la regla general.

En virtud del fuero del contrato, los abogados, procuradores y demás curiales que intervienen en un juicio, tienen un derecho inconcuso para demandar á los litigantes el pago de sus respectivos honorarios, en los mismos juzgados y tribunales en que los hubieren devengado; y estos juzgados son los competentes para conocer y determinar acerca del pago de todas las costas causadas en ellos mismos, sin que haya arbitrio de declinar su jurisdiccion, bajo pretexto de pertenecer á otro fuero en razon de sus personas; primero, porque allí mismo han contraido los litigantes la obligacion de satisfacerlas, en razon del cuasi contrato que celebraron en el pleito; y lo segundo, porque es un principio muy justificado y natural, que el lugar del servicio se equipara con el lugar de la administracion, y porque notoria, aunque tácitamente, aparece que convinieron en pagar las costas en el lugar del juicio, pues no es verosímil que el abogado ó el procurador, por ejemplo, hubieran querido seguir á su cliente hasta el lugar de su domicilio para el pago de sus salarios, cuando éstos podrian ser mucho menores que el costo del viaje. Así se acostumbra en la práctica, y cuando hay condenacion de costas, se decide en el mismo tribunal que condena.

Con respecto al fuero del delito, se presenta el

caso, de si viniendo los reos de otra nacion á refugiarse en la nuestra, podrian ser pedidos por las autoridades de la nacion de ellos para juzgarlos, ó si podrian ser juzgados por nuestros tribunales. Fácil es comprender que los reos de una nacion no pueden ser juzgados sino por sus tribunales, y que en Méjico no pueden por lo mismo ser llamados á juicio, sino los que hayan cometido delitos en el territorio de la nacion. Con respecto al primer punto, ya se ha dado caso de que las autoridades de la Luisiana (Estado-Unidos) hayan pedido á Méjico un reo, y que se haya contestado por parte de nuestras autoridades, despues de grave consulta con el colegio de abogados, que el reo no se entregaba por no mediar tratados algúnos para la extradicion entre ambas naciones.

CAPITULO IX.

DE LOS CASOS EN QUE PUEDE OBLIGARSE A OTRO A PONER DEMANDA, Y QUIEN SEA ENTONCES EL JUEZ COMPETENTE.

Ya que hace poco hablamos de la demanda, y á propósito de juez competente, no será fuera de lugar que examinemos en qué casos pueda obligarse á otro á poner demanda, y quien sea entonces el juez competente.

En tres casos puede obligarse á otro á poner de-
P. 8.

manda: el primero tiene lugar en el remedio de la ley diffamari ó juicio de jactancia; el segundo, cuando una persona tiene que hacer un largo viaje y sabe que se lo van á estorbar con un juicio, pues entonces puede hacer esta persona que le pongan la demanda antes de que le causen daño; y el tercero se verifica cuando alguno tiene escepcion que nace de la accion de otro, por ejemplo, cuando el deudor va dilatando el pago y el acreedor no le cobra, pues entonces puede el fiador obligar á este último á poner demanda al deudor, para salvar su escepcion del beneficio de órden.

Examinemos el primer caso. Algunos han creído que el remedio del juicio de jactancia era una escepcion de la regla general de que el actor debe seguir el fuero del reo; pero considerando atentamente este juicio, como lo vamos á hacer, se verá que no hay tal.

Véamos, ante todo, cuándo y cómo tiene lugar el juicio de jactancia. La jactancia tiene lugar cuando uno se anda alabando y haciendo alarde de cosas que pueden ocasionar á otro algun perjuicio en su reputacion y bienes, pues siendo el perjuicio solo en su reputacion, no tendria lugar el remedio de la jactancia, sino la accion de injurias; y si el perjuicio fuera solo en los bienes, ningun daño resulta mientras el jactancioso no pruebe en

juicio sus asertos. De lo cual se infiere que no puede tener lugar el remedio de la ley diffamari, cuando alguno, en la formalidad de un juicio ó en el acto prévio de la conciliacion, asegurasen tener derechos positivos que poder deducir, pues en tales casos no hay jactancia, puesto que uno trata de probar aquellos derechos por medio de los recursos establecidos por las leyes, y no por medio de fanfarronadas, que dañan tambien la reputacion ajena.

Dada esta ligera esplicacion sobre el juicio de jactancia, establecido por la ley 46, tít. 2, p. 3, pasemos ya á examinar cómo es que no constituye una escepcion del principio general de que el actor no puede dejar de seguir el fuero del reo. En el remedio de la jactancia—dicen autores respetables, como el de la Curia Filip., Uffasio, Carleval y el Sr. Peña y Peña—deben considerarse dos juicios; el uno preparatorio ó menos principal, en el que solo se trata de obligar ó compeler al difamante á que deduzca en juicio su accion ó derecho de que ha hecho alarde, y otro que es el principal. En el primero de dichos juicios, el actor es el difamado que lo provoca, y el reo es el difamante ahora provocado. Este juicio dura mientras se trata y se discute el hecho ó realidad de la jactancia, y se obliga al difamante á que entable su accion dentro

del término que se le señale, ó á que se desdiga, se le imponga perpétuo silencio y aun se le escarmente si reiterare la jactancia. Pero si el difamante, obedeciendo el mandato del juez, plantea su demanda, desde entonces queda enteramente acabado el primer juicio, y comienza el segundo, que es el principal, en el que es actor el que antes era reo, y reo el que antes fué actor; es decir, el difamado.

Debe observarse que estos dos juicios son sustancialmente diversos y separados entre sí, pues aunque en ambos las personas sean unas mismas, no son unas mismas sus acciones, ni la materia de dichos juicios es igual; porque en el primero, el difamado solo aspira á que el difamante deduzca en juicio los derechos de que se jacta, cuando en el segundo pretende el difamante que se declare corresponderle esos mismos derechos. También debe reflexionarse que no se divida la continencia de la causa, porque estos dos juicios se sigan ante jueces distintos, pues esa continencia no tiene lugar cuando siendo unas mismas las personas de los litigantes, son diversas sus acciones y cosas, según la comun doctrina.

De manera que, siendo dos los juicios en el remedio de la jactancia, puede y debe sin duda observarse la regla general de que el actor debe seguir el fuero del reo. Así es que, el difamado, que

es el actor en el primer juicio, se presenta siempre ante el juez del difamante, y en el segundo juicio, el difamante se presenta siempre ante el juez del difamado.

Los trámites de estos juicios se explican suficientemente en la citada ley que estableció el remedio, y dice hablando de ellos el Sr. Peña y Peña: "Es indispensable que se pruebe, ante todas cosas, la jactancia ó difamacion, porque este es el hecho preciso sobre que estriba la institucion de todo el juicio; y la prueba de la jactancia podrá verificarse por medio de una informacion sumaria de testigos, que el juez recibirá á pedimento del difamado, ó á virtud de otras pruebas; y como entre estas pruebas la confesion sea la mejor, en la práctica se observa, que presentado el primer escrito, el juez provee se haga saber al difamante, á fin de que confesando el hecho de la jactancia, se escuse otra prueba; y negándolo, se dé por el difamado la que corresponda. Rendida esta prueba, el difamado, haciendo mérito de ella para justificar la difamacion, pide se notifique al difamante, que dentro de un breve y perentorio término deduzca en juicio las acciones y derechos de que se ha jactado, entablando su demanda bajo el apercibimiento de que, no verificándolo en dicho término, se le impondrá perpétuo silencio

se dará por absuelto y libre para siempre al difamado sobre el punto ó materia de la jectancia, y además se impondrán á su autor las penas que se consideren suficientes para contenerlo en lo de adelante. El juez ó manda así, y señala al difamante el término que considera correspondiente, según la calidad de la causa sobre que versa la demanda. (Si el difamante cumple con esta prevención, se sigue el juicio en lo principal por los trámites propios de su naturaleza; y si no cumple, pasado el término, el juez, á pedimento del actor, impone al difamante perpétuo silencio, y termina así el negocio con solo el primer juicio, y sin pasar al segundo.)

Algunos opinan que antes de imponerse al difamante perpétuo silencio, se le deben acusar dos rebeldías, y hasta tres; pero por la última ley está mandado que en todos los juicios basta con que se acuse una rebeldía. (Art. 557 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Los otros dos casos en que puede obligarse á otro á poner demanda, y que ya espliqué al principio de este capítulo, son muy semejantes al de que acabo de hablar, y en ellos hay así mismo dos juicios, y se sigue en ellos la regla general en cuanto al fuero. De manera que ninguno de estos tres casos arraiga jurisdicción en el primer juicio.

CAPITULO X.

DE LA CITACION Ó EMPLAZAMIENTO.

La citacion es el llamamiento que el juez hace al demandado para oír sus defensas en el juicio. Nada sería mas notoriamente injusto, que sentenciar sin haber oído al reo; así es que, presentada la demanda, el juez debe citar al demandado para oír sus excepciones.

La citacion se divide en simple y formal: simple es la que se hace por medio del comisario de un juzgado, y tiene lugar, por ejemplo, en la conciliacion y en el juicio verbal; y la formal es la que se hace en el juicio escrito por medio del auto formal del juez, y con notificacion del escribano. En el juicio ordinario escrito de que estamos tratando, vista la demanda por el juez, manda éste correr traslado de ella al demandado, y en este traslado es en lo que consiste la citacion.

El emplazamiento debe hacerse siempre al demandado ó al que tiene mayor interés en la cosa que se demanda. Cuando se demanda á una comunidad, bastará citar al mayordomo ó administrador; y cuando se procede contra menores, se cita á sus tutores ó curadores.

La citacion puede hacerse en el mismo oficio

del escribano encargado del negocio, si comparese allí el interesado

Toda diligencia de notificación ó citación que se haga fuera del oficio, no encontrándose á la primera busca la persona citada, se practicará, sin necesidad de mandato judicial, por medio de una cédula que se entregará á sus parientes, familiares ó domésticos, ó cualquiera otra persona que viva con el citado. En esta cédula se hará constar el nombre, apellido, profesion y domicilio de los litigantes, el juez ó tribunal que manda practicar la diligencia, la determinacion que se manda notificar, la fecha, el lugar en que se deja, y persona á quien se entrega. Si fuere la primera cédula para notificar la demanda, contendrá una relacion sucinta de ella. En el espediente se pondrá copia de la cédula entregada y se sentará de todo la correspondiente diligencia. Si se probare que el escribano no hizo la citacion personalmente, hallándose la parte en la casa, perderá los derechos de la diligencia que practicó.

Las notificaciones que se hagan personalmente, se practicarán leyéndose íntegra la providencia á la persona á quien se haga, y dándole copia literal de ella si la pidiere, y en la diligencia se expresará haberse cumplido lo uno y lo otro. El escribano ó juez receptor que dejare de hacer una

notificacion en persona ó por cédula á la primera diligencia en busca, ó las practicare sin las formalidades prevenidas en este artículo y el anterior, incurrirá por el mismo hecho en una multa que no esceda de 25 pesos, y será además responsable de los perjuicios que se sigan á las partes.

Las notificaciones y entrega de espedientes y autos, así en lo civil como en lo criminal, se verificarán lo mas tarde el dia siguiente al en que se dieren las providencias que las causen, cuando el juez en ellas no dispusiere otra cosa, bajo una multa que no esceda de 25 pesos, que se impondrá de plano á los infractores de este artículo.

Cuando la citacion hubiere de hacerse á una persona residente fuera del lugar del juicio, se le hará por medio de despacho ó exhorto al juez del pueblo de su residencia. Si la citacion hubiere de hacerse en país extranjero, se dirigirá el despacho á exhorto por conducto del ministerio de relaciones, con la legalizacion debida.

Si no se sabe dónde reside el demandado, se le emplazará por edictos, pregones, ó por avisos en los periódicos.

(Véanse en apoyo de estas doctrinas las leyes 1, tít. 7, p. 3, glos. 6.^{as}, y la ley 3, tít. 4, lib. 11 Nov. Rec.; así como los artículos del 325 al 328 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

Leído que sea el auto de citacion por el escribano á la parte interesada, el procurador le entrega los autos bajo recibo, y el demandado tiene nueve dias para contestar la demanda.

El auto de citacion dice así:

Méjico (ó el lugar que sea), á tantos de tal mes y año.—Traslado á la parte demandada por el término del derecho.—Lo proveyó y firmó el señor juez, tantos, etc.—Doy fe.—Media firma del juez.—Firma del escribano.

Esto es si no se acompañan documentos á la demanda; pero como por lo comun se agregan algunos, el auto es así:

Méjico (ó donde sea), á tantos, etc. Por presentado con los documentos que acompaña y que rubricará el actuario.—Traslado á la parte demandada por el término del derecho. Lo proveyó y firmó el señor juez tantos, etc.—Media firma del juez.—Firma del escribano.

La prevención de que se rubriquen los instrumentos por el escribano actuario, tiene por objeto el evitar falsificaciones ó suplantaciones que pudieran hacerse por alguna parte que procediese de mala fé.

La citacion es una cosa tan importante que, si se omite, ha lugar á intentarse el recurso de nulidad. Los efectos que produce son los siguientes:

previene la jurisdiccion del juez que cita, de manera que el demandado tiene que presentarse ante él, aunque no sea competente (ley 2, tit. 7, p. 3), interrumpe la prescripcion (ley 29, tit. 29, p. 3), sujeta al emplazado á comparecer y seguir el juicio ante el juez que era legítimo para él cuando le emplazó, aunque despues deje de serlo por mutacion de domicilio y otra causa (ley 12, tit. 7, p. 3,) y hace nula la enagenacion de la cosa demandada, si se probare que fué hecha maliciosamente (leyes 13 y 14, tit. 7, p. 3).

CAPITULO XI.

DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA, Y DE CÓMO SE SIGUE EL JUICIO EN REBELDÍA, POR FALTA DE ELLA.

Hecha la citacion en la forma indicada, el demandado tiene un término de nueve dias para contestar á la demanda. (ley 1, tit. 6, lib. 11 de la N, y art. 332 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

La contestacion de la demanda es un escrito en que el demandado contesta á la demanda que se le puso. El demandado puede contestar negando ó confesando la demanda. Si la niega, hay necesidad de la prueba, y si la confiesa, el mismo pronuncia su sentencia, pues á tanto equivale la con-

Leído que sea el auto de citacion por el escribano á la parte interesada, el procurador le entrega los autos bajo recibo, y el demandado tiene nueve dias para contestar la demanda.

El auto de citacion dice así:

Méjico (ó el lugar que sea), á tantos de tal mes y año.—Traslado á la parte demandada por el término del derecho.—Lo proveyó y firmó el señor juez, tantos, etc.—Doy fe.—Media firma del juez.—Firma del escribano.

Esto es si no se acompañan documentos á la demanda; pero como por lo comun se agregan algunos, el auto es así:

Méjico (ó donde sea), á tantos, etc. Por presentado con los documentos que acompaña y que rubricará el actuario.—Traslado á la parte demandada por el término del derecho. Lo proveyó y firmó el señor juez tantos, etc.—Media firma del juez.—Firma del escribano.

La prevención de que se rubriquen los instrumentos por el escribano actuario, tiene por objeto el evitar falsificaciones ó suplantaciones que pudieran hacerse por alguna parte que procediese de mala fé.

La citacion es una cosa tan importante que, si se omite, ha lugar á intentarse el recurso de nulidad. Los efectos que produce son los siguientes:

previene la jurisdiccion del juez que cita, de manera que el demandado tiene que presentarse ante él, aunque no sea competente (ley 2, tít. 7, p. 3), interrumpe la prescripcion (ley 29, tít. 29, p. 3), sujeta al emplazado á comparecer y seguir el juicio ante el juez que era legítimo para él cuando le emplazó, aunque despues deje de serlo por mutacion de domicilio y otra causa (ley 12, tít. 7, p. 3,) y hace nula la enagenacion de la cosa demandada, si se probare que fué hecha maliciosamente (leyes 13 y 14, tít. 7, p. 3).

CAPITULO XI.

DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA, Y DE CÓMO SE SIGUE EL JUICIO EN REBELDÍA, POR FALTA DE ELLA.

Hecha la citacion en la forma indicada, el demandado tiene un término de nueve dias para contestar á la demanda. (ley 1, tít. 6, lib. 11 de la N, y art. 332 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

La contestacion de la demanda es un escrito en que el demandado contesta á la demanda que se le puso. El demandado puede contestar negando ó confesando la demanda. Si la niega, hay necesidad de la prueba, y si la confiesa, el mismo pronuncia su sentencia, pues á tanto equivale la con-

fesion, como lo dicen las leyes y los autores, sin que haya en tal caso necesidad de pruebas, en virtud de aquel principio conocidísimo de derecho, que dice: "confesion de parte, releva de prueba." También puede el demandado confesar una parte de la demanda y negar la otra.

La contestacion de la demanda es la raz del pleito, y mientras no la haya no hay juicio, ni la cosa sobre que se versa la disputa puede llamarse litigiosa, pues la ley dice, que cosa litigiosa es aquella sobre que hay demanda contestada.

Pero el silencio del demandado, despues que le citaron, se tiene por una confesion tácita, y se le sentencia en rebeldía, ó se sigue el negocio por la via de asentamiento, salvo que la dilacion en contestar nazca de una causa justa y que se pruebe, como enfermedad ú otra semejante, pues en estos casos es bien sabido que al ignorante ó impedido no corren los términos (ley 2, tít 7, p. 3).

Podría decirse que, como no hay juicio sin oír al demandado, es decir, sin contestacion, quedaba siempre el recurso de nulidad al que habia sido sentenciado en rebeldía. Pero esta objecion se desvanece recordando que el recurso de nulidad tiene lugar cuando no se ha citado al demandado para que conteste; mas no cuando se le citó, y luego se le sentenció en rebeldía, atendida su confesion tácita que probó con su silencio.

Si el demandado no contesta á la demanda dentro del término legal, acusándole rebeldía, se sigue el juicio, ó en rebeldía ó por la via de asentamiento. (Ley 11, tít. 8, p. 3, y 1, 2 y 3, tít. 11, lib. 4 de la R., que son 1, 2 y 3, tít. 5, lib. 11 de la N.). Lo primero consiste en seguir la causa por rebeldía en estrados hasta definitiva, como si el demandado hubiera comparecido. En este caso, si el demandado está en el pueblo, acusada rebeldía por el actor, se declara por contestada la demanda, se recibe á prueba, y el auto de ésta se le hace saber: rinde el actor la suya, y pasado el término y hecha publicacion si la pide, alega de bien probado; concluye, y el juez sentencia, y las diligencias de autanciacion se notifican en los estrados del tribunal, á escepcion de las de demanda, prueba y sentencia, que se le deben hacer saber en persona; y no dejándose ver, á su familia ó criados; y no teniéndolos, á sus vecinos ó por medio de avisos. Pasado el término de la apelacion, declara el juez la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y procede á su ejecucion; pero en todo á instancia del actor. Si el reo se halla domiciliado en otra jurisdiccion, y está sujeto en el negocio al juez que la citó; aunque segun la ley, debe seguirse el juicio sin otro emplazamiento (LL. 13, tít. 4 y 1, tít. 5, lib. 11 de la N.), dice Tápia, que

el modo de seguir los autos en rebeldía, es librar cuatro exhortos en el discurso del pleito, 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, porque aunque no haya comparecido hasta entonces, si comparezca y pida los autos, se le deben entregar y admitir la prueba que dé dentro de su término: el tercero para notificarle la sentencia, por si quisiere apelar de ella; y el cuarto, para que, declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, se ejecute. Yendo documentados estos exhortos, los debe cumplimentar el juez del domicilio, y como ejecutor misto, no escudarse de lo que ellos prevengan; mas si del mismo despacho resultan méritos suficientes para no cumplimentarlo, por no ir documentado, ó por incluir algunas excepciones legales para denegarle el cumplimiento, podrá hacerlo así el juez requerido, y á la parte queda el recurso á su superior inmediato para que revoque ó confirme, según calificare de justicia. (Febr. de Tap. tom. 4, cap. 6, núm. 31 y 32).

El otro medio que tiene el actor contra el demandado rebelde, es la *via de asentamiento*, esto es, que se le ponga en posesion de la cosa ó bienes de éste. Si la demanda fuere por accion real,

debe entregarse al actor la cosa demandada, y si fuere por accion personal, se le entregarán bienes equivalentes á la deuda, que sean muebles, y solo en defecto de éstos, raíces. Si hecha la entrega compareciere el reo á alegar de su justicia, en el término de dos meses por accion real, y de uno por personal, contados ambos desde el dia que se hizo el asentamiento, purga la rebeldía, se le devuelven los bienes, y se le oye en via ordinaria; pero no compareciendo dentro de esos términos, el actor queda verdadero poseedor de los bienes, y no está obligado á responder al demandado sobre la posesion, sino solo sobre la propiedad. Cuando el asentamiento es por accion personal, si pasado el término el actor quiere mas bien ser pagado de la deuda que tener la posesion de los bienes, deben venderse éstos en almoneda, por orden del juez, y con su juicio satisfacerse la deuda y costas, devolviéndose el exceso, si lo hubiere, al dueño, ó tomando otros bienes suyos si no alcanzaren los primeros. (L. 1, tít. 11, lib. 4 de la R.)

Las partes no pueden pactar que no haya contestacion de la demanda, pues esto seria contra las leyes; y para que pudiera consentir en que no se contestara, era preciso que el actor retirase su demanda.

La contestacion de la demanda produce los efec-

tos siguientes: perpetua la accion intentada en el juicio por cuarenta años, pues si se suspende el litigio porque las partes no lo agitan, se entiende que consenten en tener viva la accion: que una vez hecha la contestacion, no puede el demandante dejar de proseguir el pleito, ni mudar su accion contra la voluntad del demandado; que ambos litigantes quedan sujetos al juez, aunque sea incompetente, salvo que se ponga protesta; que se interrumpe la prescripcion; que se hace la cosa litigiosa, como ya dijimos; que el apoderado puede ya sustituir al poder que se le confirió, y aunque fallezca uno de los litigantes, puede tambien continuar el pleito, aunque los herederos no le ratifiquen el poder, ni le den otro, salvo que elija nuevo apoderado. (Ley 8, tit. 10, p. 3; Paz, Prax, tom. y part. 1, temp. 6, núms. 9 y 22.)

Para que se comprenda mejor en lo que consiste la contestacion de la demanda, pongo el siguiente ejemplo:

“Señor juez tantos, etc.

“Jorge N., en la demanda promovida contra mí por D. Víctor Z. sobre declaracion del verdadero sentido de una cláusula de escritura pública, y contestando al traslado que se me corrió, ante usted, y por el curso mas

oportuno, digo: Que hace muy mal mi contrario en suponer que yo estoy obligado en virtud de la cláusula cuarta de la escritura que cita, á pagar adelantadas las anualidades de los réditos del dinero que me prestó el año de 1850. La cláusula cuarta de la escritura no puede ser mas terminante y esplicita á mi favor, pues dice así: “El Señor N. se obliga voluntariamente á pagar por anualidades adelantadas el importe de los réditos de este capital de veinte mil pesos, que bajo las condiciones antedichas le presta D. Víctor Z.

“Desde luego se ve que la palabra voluntariamente me salva de una obligacion estricta, y me deja en libertad de hacer el pago de la manera que mejor me acomode, ya sea por anualidades adelantadas, ya por réditos anuales vencidos, pues de otra manera estaba muy por demás la palabra voluntariamente, si la obligacion fuera tan estensa como se la quiere suponer.

“No dudo que la rectitud de usted se servirá por tanto declarar que no estoy obligado al pago de las anualidades adelantadas, sino vencidas, condenando en las costas al demandante por su notoria temeridad.

“A usted suplico se sirva proveer como pido, por ser así justicia, que juro con lo necesario.”

El lugar y la fecha de letra.

Firma del demandado

Firma del abogado.

Como la contestación de la demanda se apoya en las excepciones y defensas que opone el demandado á la acción del actor, parece muy conveniente examinar dichas excepciones, y me ocuparé de ello en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO XII.

DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS EN QUE SE FUNDA LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Se llama excepción la esclusión de la acción. Las excepciones se dividen en perpétuas ó perentorias, y temporales ó dilatorias. Las perpétuas ó perentorias son las que destruyen la acción principal, como la paga, condonación ó la remisión, *mú-tua* petición, que se explicará en el capítulo siguiente, y los otros modos de disolver las obligaciones. Las dilatorias son las que debilitan solo la fuerza de la acción principal, porque impiden su desarrollo, como son la de *tua non interest*, por la que se niega la personalidad del actor, la de libelo oscuro y algunas otras.

Las excepciones perpétuas ó perentorias se po-

nen juntamente con la contestación de la demanda, pues ellas son la verdadera respuesta á la demanda. Antiguamente que habia dos escritos de contestación, la respuesta y la réplica, se ponian dichas excepciones dentro de veinte dias despues de la primera contestación; pero hoy, que se han suprimido los escritos de réplica y súplica, queda fijado (art. 333 de la ley de 29 de Noviembre de 1858), que dichas excepciones solo se pondrán dentro de los nueve dias concedidos para la contestación, y que se pondrán juntamente con ella. Si contestada la demanda ocurrieren al demandado nuevas excepciones perentorias que oponer á ella, no se podrán admitir en consecuencia, sino como pruebas de las ya puestas en su contestación, caso de que fueran propias para ello, pues si fuese dado el poner otro escrito en que se espusieran las excepciones nuevas, se trastornaria sin duda el orden que exige la ley para los juicios.

Las excepciones dilatorias deben oponerse simultáneamente si hay varias, dentro de los nueve dias anteriores á la contestación de la demanda. (L. 1, tít. 7, lib. 11 de la N.) Se comunicarán al actor por traslado, que evacuará dentro de tres dias, y con solo estos escritos se sustanciará el artículo y se determinará. Si el caso exigiere prueba, se recibirá á ella el artículo, designando el

“A usted suplico se sirva proveer como pido, por ser así justicia, que juro con lo necesario.”

El lugar y la fecha de letra.

Firma del demandado

Firma del abogado.

Como la contestación de la demanda se apoya en las excepciones y defensas que opone el demandado á la acción del actor, parece muy conveniente examinar dichas excepciones, y me ocuparé de ello en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO XII.

DE LAS EXCEPCIONES Y DEFENSAS EN QUE SE FUNDA LA CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Se llama excepción la esclusión de la acción. Las excepciones se dividen en perpétuas ó perentorias, y temporales ó dilatorias. Las perpétuas ó perentorias son las que destruyen la acción principal, como la paga, condonación ó la remisión, *tua* petición, que se explicará en el capítulo siguiente, y los otros modos de disolver las obligaciones. Las dilatorias son las que debilitan solo la fuerza de la acción principal, porque impiden su desarrollo, como son la de *tua non interest*, por la que se niega la personalidad del actor, la de libelo oscuro y algunas otras.

Las excepciones perpétuas ó perentorias se po-

nen juntamente con la contestación de la demanda, pues ellas son la verdadera respuesta á la demanda. Antiguamente que habia dos escritos de contestación, la respuesta y la réplica, se ponian dichas excepciones dentro de veinte dias despues de la primera contestación; pero hoy, que se han suprimido los escritos de réplica y súplica, queda fijado (art. 333 de la ley de 29 de Noviembre de 1858), que dichas excepciones solo se pondrán dentro de los nueve dias concedidos para la contestación, y que se pondrán juntamente con ella. Si contestada la demanda ocurrieren al demandado nuevas excepciones perentorias que oponer á ella, no se podrán admitir en consecuencia, sino como pruebas de las ya puestas en su contestación, caso de que fueran propias para ello, pues si fuese dado el poner otro escrito en que se espusieran las excepciones nuevas, se trastornaria sin duda el orden que exige la ley para los juicios.

Las excepciones dilatorias deben oponerse simultáneamente si hay varias, dentro de los nueve dias anteriores á la contestación de la demanda. (L. 1, tít. 7, lib. 11 de la N.) Se comunicarán al actor por traslado, que evacuará dentro de tres dias, y con solo estos escritos se sustanciará el artículo y se determinará. Si el caso exigiere prueba, se recibirá á ella el artículo, designando el

juez el término mas corto posible, no pasando nunca de diez días, y en virtud de ella se fallará el artículo. Esta misma sustanciacion se observará cuando se oponga la escepcion de incompetencia. (Art. 331 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

De manera que si por ejemplo, se pone la escepcion de *tua non interest*, ó falta de personalidad, deberá presentarse el escrito antes de la contestacion de la demanda (pues de lo contrario al que se le contesta en forma, claro es que se le tiene como parte). Del escrito en que se opone esta escepcion, se corre traslado al actor para que acredite su personalidad en el juicio, y contestando dentro de tres dias que debe durar el traslado, el juez decreta si se le tiene ó no por parte, recibíendose prueba por diez días si fuere necesario. Pero hay escepciones dilatorias que pueden oponerse en cualquier estado del negocio, con tal que sea antes de la sentencia; y éstas son la de recusacion y la misma de *tua non interest*, cuando ha habido sustitucion sospechosa de algun poder, así como tambien la declinatoria, cuando cambia el juez que conocia del negocio.

Queda ya dicho cuáles son las escepciones perentorias. Las dilatorias se refieren á la persona del juez, ó á la del actor, ó á la demanda. Se refieren á la persona del juez, la declinatoria y la re-

cusacion: la primera nace de incompetencia, la segunda de sospecha. Consideraremos prácticamente ambas escepciones.

La declinatoria se opone por medio de un escrito concebido poco mas ó menos en estos términos:

“Señor juez tantos, etc.

“Jorge N., en la demanda promovida contra mí por D. Víctor Z. sobre declaracion del verdadero sentido de una cláusula de escritura pública, ante usted, sin atribuirle mas jurisdiccion que la que le corresponde por derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que se me ha puesto demanda ante juez que para mí no es competente, pues teniendo yo mi domicilio en tal parte, y siendo el fuero del domicilio el mas privilegiado por las leyes y las opiniones todas de los mejores autores, allí era donde debía haberseme puesto la demanda. En consecuencia, pido que usted se sirva declinar jurisdiccion, inhibiéndose del conocimiento de este negocio, y que pase ante el juez de tal parte, á quien he dado aviso para que entable competencia si fuere necesario.

“A usted pido, por tanto, se sirva proveer así, por ser justicia que juro con lo necesario.”

Aquí el lugar y la fecha toda de letra.

Firma de la parte.

Firma del abogado. ®

De este escrito de declinatoria se corra traslado al actor, y con lo que conteste dentro de tres dias, cita el juez autos en artículo, y declara si es competente ó no. Si se declara competente no siéndolo, se pueda entablar la competencia formal (véase el recurso de competencia en su lugar); y si se declara incompetente siendo competente, la otra parte podría apelar, pues es un auto interlocutorio con fuerza de definitivo.

Si hubiere de oponerse la escepcion de declinatoria ó incompetencia, se opondrá antes que cualquiera otra: si se opusiere alguna diversa de cualquiera especie que sea, ya no habrá lugar á la de incompetencia. Una vez opuesta la escepcion de incompetencia, no se podrá ir adelante en el pleito, hasta que sustanciado el artículo se haya decidido sobre ella, de modo que cause ejecutoria. (Art. 339 y 330 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Vista la escepcion de declinatoria, pasemos á la de recusacion. La recusacion es un remedio legal de que se valen las partes para separar de la intervencion de los negocios á las personas de quienes se sospecha.

Como la recusacion puede oponerse como escepcion en el juicio verbal, diremos aquí de paso los procedimientos que tienen lugar entonces, y en

seguida pasaremos á tratar de los procedimientos de la recusacion en el juicio escrito.

Es de advertir ante todo que los jueces no son recusables en las conciliaciones.

En los juicios verbales no habrá lugar á la recusacion sin causa, sino por una sola vez por cada parte, y las recusaciones con causa se harán verbalmente y con expresion de causa justa, especial y determinada, la cual se calificará por uno de los jueces de primera instancia si lo hubiere en el lugar, y en donde hubiere mas de uno, por el que elija la parte que recusó. Para hacer esta calificacion, el juez recusado remitirá por oficio el dia siguiente al en que fué recusado, informe al juez que haya de hacerla. Este la verificará en juicio verbal y sin recurso, dentro de tres dias contados desde que reciba el informe; si fuere necesario prueba, no pasará el término de otros tres dias.

Si la declaracion fuese favorable al recusante, se avisará por oficio al juez recusado, para que quedando inhibido, el actor elija el juez que le convenga. Y si fuere contrario, le impondrá el juez que ha conocido del recurso, una multa proporcionada, segun su prudente arbitrio, atendido el interés del negocio y la calidad de la persona, avisando por oficio al juez para continuar el juicio.

De la misma manera se procederá en la califica-

cion de las excusas ó impedimentos, no teniendo lugar en estos casos la multa.

La recusacion ó excusa en el juicio verbal en demandas criminales por injurias ó faltas leves, no impide el que se dicten las providencias necesarias para asegurar la comparecencia del demandado.

En los lugares en que residiere el juez de primera instancia y hubiere mas de uno de paz, la calificación de la recusacion, excusa ó impedimento, la hará el otro, y si hubiere mas de dos, el que elija el actor.

En los lugares en que no residiere el juez de primera instancia y hubiere mas de un juez de paz, la calificación de la recusacion, excusa ó impedimento la hará el suplente, y á falta de éste, las personas que hayan ejercido las funciones de jueces de paz en los años anteriores, comenzando por el último nombrado. (Arts. del 213 al 219 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Pasemos á la recusacion en el juicio escrito.

Las recusaciones de los jueces de primera instancia y locales, no pueden hacerse sino con juramento de no proceder de malicia, por escrito si el juicio no es verbal, con firma de letrado, si lo hubiere en el lugar, y con causa justa, especial y determinada, la cual se ha de probar á su tiempo

legalmente. Solo se permitirá á cada parte recusar sin causa una sola vez, á los jueces locales y á los de primera instancia. Los apoderados necesitan poder especial para recusar.

Son justas causas de recusacion las siguientes:

Podrá ser recusado todo magistrado ó juez, para que no entienda en causa propia ó en las de sus parientes, por consanguinidad en línea recta en cualquier grado.

Podrá serlo asimismo, el juez ó magistrado que sea pariente de alguno de los litigantes en las demás líneas, por consanguinidad ó afinidad, hasta el cuarto grado canónico.

Tambien es recusable todo juez ó magistrado:

I. Si él, ó su muger, ó sus parientes, por consanguinidad ó afinidad en línea recta, siguieren ó intentaren seguir con ellas algun pleito ó causa igual á la que ante él agitaren los litigantes.

II. Si siguiere algun proceso en que sea juez alguno de los litigantes.

III. Si él mismo, su muger ó sus parientes, por consanguinidad ó afinidad en línea recta, hubieren seguido alguna causa criminal con alguna de las partes.

IV. Si entre las mismas partes que se refieren en el número anterior se siguiere un proceso civil,

ó habiéndose seguido no haya pasado un año de haberse fenecido.

V. Si la causa tuviere alguna tendencia al daño ó provecho del juez, por estar obligado á evicción ó por cualquiera otro motivo.

Es asimismo recusable:

I. El que sea acreedor, deudor ó fiador de alguna de las partes, ó cuya muger ó hijos menores se hallen en igual caso.

II. El que sea heredero, legatario ó donatario de alguna de las partes.

III. El compadre, padrino ó ahijado de bautismo ó confirmacion de alguna de las partes.

IV. El amo, criado, sócio ó dependiente de alguna de las partes.

V. El comensal, arrendador ó arrendatario de alguna de las partes.

VI. El tutor, curador, administrador ó defensor judicial de las mismas.

VII. El administrador de algun establecimiento ó compañía que sea en parte del proceso.

VIII. El que hubiere dado dictámen, hubiere sido abogado, procurador ó apoderado en el negocio.

IX. El que hubiere gestionado en el proceso, lo recomendare ó contribuyere á los gastos que ocasione.

X. El que haya conocido en el negocio en otra instancia.

XI. El que hubiere actuado en el proceso como árbitro, perito ó testigo.

XII. El que descubriere su parecer antes de dar su fallo.

XIII. El que asistiere á convites que diere ó costeara alguno de los litigantes despues de haber comenzado el proceso, ó tuviere mucha familiaridad con alguno de los mismos litigantes, ó viviere con él en su compañía en una misma casa.

XIV. El que recibiere presentes de alguna de las partes, ó aceptare de ellas dádivas ó servicios.

XV. El que hiciere promesas, prorumpiere en amenazas ó manifestare de otro modo su odio ó afeccion á alguno de los litigantes.

XVI. El que sea pariente por consanguinidad ó afinidad en primer grado canónico del abogado ó procurador de alguna de las partes.

XVII. El que tuviere notorias y estrechas relaciones por afecto, respeto ó cualquiera otra causa con el abogado de alguna de las partes.

(Leyes 8, tít. 1, lib. 11 Nov. Rec.; 6, tít. 7, p. 3, 24 y 25 tít. 22, p. 3; 14 y 28 tít. 11, lib. 7 Nov. Rec.; 5, tít. 5, p. 3; 5 y 8, tít. 10, p. 7, y ley 9, tít. 7, p. 6.) (Arts. del 202 al 207 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

He aquí un escrito de recusacion sin causa, hecho ante un juez de primera instancia:

"Señor juez tantos, etc.

"Jorge N., en la demanda promovida contra mí por D. Víctor Z. sobre que se declare el verdadero sentido de una cláusula de escritura pública, ante usted, y salvadas las protestas oportunas, digo: que usando de los recursos que me conceden las leyes, y conviniéndome recusar á usted, lo recuso de facto, acompañando el juramento de la ley, y dejándole en su buena opinion y fama. Por tanto:

"A usted suplico, etc."

El lugar y la fecha de letra.

Firma del recusante.

Firma del abogado.

Para esta primera recusacion es ya necesaria la firma de letrado, (art. 202 de la ley de 29 de Noviembre citada) y del escrito no se corre traslado á la otra parte, sino que el juez, luego que se lo presentan, pone su auto dándose por recusado, y remite las constancias del negocio al otro juez que haya sido señalado por el actor.

El escribano se da por recusado desde luego, y esta primera recusacion puede hacerse de palabra al tiempo de hacerse alguna notificacion. (Art. 267 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Los secretarios de los tribunales solo se pueden recusar con causa justa, especial y determinada. Los tribunales de quienes dependan, calificarán de plano y sin recurso la recusacion, y siendo admitida, se abstendrán de actuar los recusados. Si se calificare no ser suficiente la causa que se alegue, exigirán respectivamente la mitad de la multa señalada para las recusaciones de los ministros. (Arts. 264 y 265 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

He aquí un escrito de segunda recusacion, interpuesta tambien ante un juez de lo civil:

"Señor juez tantos, etc.

"Jorge N., en la demanda, etc., ante usted, digo: que teniendo en cuenta algunas consideraciones que pudieran hacer á usted parcial en este negocio, como la amistad íntima que profesa á mi contrario, los lazos de parentesco que le ligan con él, y algunas otras causas secundarias que podría esponer, me veo en el caso de recusar á usted, como lo hago, acompañando el juramento de la ley y dejándole en su buena opinion y fama. Por tanto, etc."

El lugar y la fecha de letra.

Firma del recusante.

Firma del abogado.

Este escrito necesita la firma de abogado, segun el artículo citado de la ley de 29 de Noviembre de

1858, y en él se ha de expresar la causa de la recusacion, acompañando además el juramento.

Interpuesta la recusacion ante el inferior con expresion de causa, remitirá éste los autos con su informe, prévia citacion de las partes, á la primera sala de la suprema corte de justicia. (Decreto de 30 de Noviembre de 1846). Esta, al dia siguiente de recibidos los autos, hará de plano la calificacion de si es ó nó legal la causa alegada para inhibir al juez. Si no lo fuere, mandará remitir inmediatamente los autos al juez de su origen para su prosecucion, é impondrá al recusante y su abogado una multa de 25 pesos; pero si la resolucion fuere afirmativa, recibirá desde luego el artículo á prueba por un breve término, y con solo la vista de ella y los informes en estrados, si los interesados los hicieren en el dia que se les señale, fallará cuando más tarde á los quince dias, contados desde el recibo de los autos. En caso de ser la sentencia favorable al recusante, se remitirán aquellos para su secuela, al juez que designe el actor; en caso contrario, se remitirán al mismo juez recusado, y se impondrá al recusante la pena del art. 22 del decreto citado, que se aplicará al fondo judicial.

En los negocios civiles la recusacion puede interponerse desde el principio del negocio hasta el

dia anterior inclusive, en que debe pronunciarse la sentencia.

Al actor, despues de presentada la demanda ó peticion, y en general á las partes litigantes, despues de la contestacion del pleito, hasta el dia prefijado en el artículo anterior, solo se admitirá la recusacion, jurando la parte que nuevamente han venido á su noticia las causas, ó que no tenia la prueba de ellas, y probándose respectivamente en su caso estas circunstancias. Nunca se podrá poner la recusacion el dia en que se haya de sentenciar el pleito.

Declarado el juez por recusado, quedará inhibido del conocimiento del negocio, y remitirá inmediatamente los autos al otro, si hubiere dos, ó al que elija el actor si hubiere mas. Si en el lugar no hubiere mas que el juez recusado, se remitirán los autos al juez que deba sustituirlo, el que si no fuere letrado consultará con asesor, quien cobrará sus honorarios de las partes.

Las escusas ó impedimentos se calificarán de plano por el juez á quien toque conocer de la recusacion al dia siguiente de presentada.

Ni la recusacion ni la escusa, impide el conocimiento para dictar y ejecutar las diligencias urgentes y precautorias que no admiten espera.

Si el procedimiento fuere verbal, así la escusa.

como la recusacion de los jueces y magistrados, se hará constar en una acta que se remitirá para la calificación á quien corresponda.

La cantidad de las multas que se impongan en estos casos, será la mitad de las que señala en los tribunales superiores. En las causas criminales no se impondrán multas por las recusaciones. [Art. 236 al 212 de la ley de 29 de Noviembre citada.]

Los jueces de primera instancia conocerán de las recusaciones con causa de los escribanos, decidiendo de plano en el mismo día en que se interponga el recurso, si aquella es ó nó legítima; en lo demás se aplicarán las reglas esplicadas en la recusacion de los jueces, contando los términos desde el citado día, y supliendo los informes en estrados, con el que quisieren dar las partes en una junta.

En las recusaciones de los asesores se observa lo siguiente:

Cada una de las partes podrá recusar con el juramento de la ley, un asesor, y el recusado se inhibirá del todo para dictaminar en el negocio ó pleito que se verse; pero si la misma parte que recusó intentare recusar á otro, solo podrá verificarlo con justificación de causa legal; y para decidir sobre ella, consultará el juez lego con diverso

asesor, que será irrecusable para solo este efecto. La calificación asesorada no tendrá otro recurso, que el de responsabilidad del asesor que dictaminó. El asesor cobrará sus honorarios conforme á derecho. Los asesores pueden ser recusados, excusarse y declararse impedidos por las mismas causas que los jueces. Los asesores no pueden ser recusados para determinaciones interlocutorias que no tengan fuerza de autos definitivos, ó que no incluyan gravámen irreparable. Recusado un asesor por cada parte, el que se nombra despues no puede ser recusado, cuando citadas las partes se haya encargado de un negocio, si no es que sobrevenga algun motivo legal, ó hubiere otro anterior que hasta entonces llegue á noticia del recusante, jurando y probando esta circunstancia. En ningún caso podrá ser recusado el asesor despues que haya firmado su dictámen y entregádolo al juez á quien se consulta. (Arts. del 259 al 263 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Igualmente pueden ser recusados los jueces árbitros, aun por la misma parte que los nombró; pero con espresion y justificación de causa que haya sobrevenido al nombramiento, ó al menos la noticia de ella; y esta recusacion debe hacerse ante el juez ordinario que separará al recusado del conocimiento del negocio. (L. 31, tit. 4, p. 3.)

El juez mero ejecutor no puede ser recusado en causa civil ni criminal, porque nada hace de su propia autoridad, y no hay peligro por lo mismo de que sea parcial, pero sí lo podrá ser el ejecutor misto, que tiene facultad para admitir excepciones y determinarlas, y de consiguiente puede causar daños á los litigantes.

Acercá de la recusacion de los jueces superiores, es decir, de los ministros de los tribunales superiores, se observa lo siguiente:

Los ministros de los tribunales superiores no pueden excusarse ni ser recusados sino por escrito, y con designacion de una de las causas espresadas antes.

En los tribunales unitarios, conocerá de la recusacion el ministro que se nombrará en lugar del recusado conforme á la ley.

Desde el dia señalado para la vista, hasta el dia anterior inclusive en que se ha de votar el negocio, solo se admitirá la recusacion por causas nacidas dentro de este término ó antes, jurando la parte que nuevamente han venido á su noticia, ó que no tenia la prueba de ellas, y probando respectivamente en su caso estas circunstancias. Nunca se podrá poner el dia en que se haya de votar el pleito ó causa.

Propuesta la recusacion en los tribunales uni-

tarios, el ministro que reemplace al recusado, y en los colegiados la sala sin concurrencia del ministro recusado, que para esta efecto será reemplazado conforme á la ley, declarará de plano dentro de segundo dia, si la causa en que se funda la recusacion es justa y probable, en cuyo caso la admitirá. Si la recusacion no fuere admisible, la sala, al hacer la declaracion, impondrá al abogado que la firmó la multa de veinticinco pesos, que se le exigirán irremisiblemente.

Admitida la recusacion, se recibirá á prueba por los medios que establecen las leyes, ante la sala, en el preciso é improrogable término de ocho dias, pudiendo la parte que recusa hacer uso de la prueba de que habla la ley 10, tít. 2, lib. 11 de la Nov. Recop., en los términos que espresa la 3.ª, tít. 11, lib. 5 de la Recop. de Ind.

Concluido el término probatorio ó recibida la prueba de que habla el párrafo anterior, si no se hubiere presentado otra, sin mas sustanciacion, se dará cuenta en audiencia secreta de las probanzas hechas, y en su vista decidirá el tribunal si está ó nó probada la causa de la recusacion, dando ó no por recusado al ministro contra quien se hubiere propuesto. En caso de negativa, se condenará á la parte recusante en la multa de cincuenta pesos, que se exigirá sin remision, á no ser que es-

té ayudada por pobre, en cuyo caso se exigirá la obligación que las leyes previenen.

Probada la causa de la recusacion, queda el ministro recusado enteramente separado del conocimiento del negocio, absteniéndose de concurrir á la vista y deliberaciones que se ofrezcan; y para completar la sala, se llamará al ministro que corresponda segun la ley. El presidente de la sala es responsable de la infraccion de este artículo.

El auto en que se declare que no es legal la causa en que se funde la recusacion, ó que no se ha probado, es suplicable en ambos efectos.

Si apelada la sentencia en que no se hubiere admitido la recusacion, ó la en que se hubiere declarado al ministro por no recusado, fuere una ú otra confirmada, se doblará la multa que se haya impuesto respectivamente en la primera, y se condenará al apelante en las costas del artículo, quedando sin mas recurso terminado.

En las apelaciones de que habla el párrafo anterior, se observará lo prevenido en el capítulo 3.º de la ley 19, tít. 20, lib. 11 de la Nov. Recop., admitiéndose no solamente la prueba de la confesion del ministro recusado, sino las demás legales.

De las apelaciones en las recusaciones de los ministros de las salas en los tribunales colegiados, conocerán recíprocamente donde fueren dos; y

donde hubiere tres, la segunda y tercera recíprocamente, y éstas por turno de las que se interpongan en recusaciones de los ministros de la primera.

Recíprocamente se calificarán tambien las escusas de los ministros de las salas segunda y tercera en los tribunales colegiados, y las de los ministros de la primera por los demás que la componen, observándose lo prevenido por la ley para estos casos. Los ministros propondrán siempre las escusas por escrito, y el escusado no estará presente á la vista y resolucion de la escusa.

En ningun caso se entregarán los autos al recusante, sino que se le manifestarán en la secretaría, permitiéndole sacar los apuntes que estime convenientes.

Las multas de que hablan las prevenciones anteriores, se impondrán al recusante, cuando el escrito de recusacion no estuviere firmado por letrado. Las que se impongan en caso de recusacion de los ministros de los tribunales superiores, serán de veinte y cuarenta pesos.

Los ministros solo pueden escusarse por causa suficiente para la recusacion. La escusa se calificará sin recurso en los tribunales unitarios, por el ministro que reemplace al recusado, y en los colegiados por los demás que componen la sala: la escusa y su motivo se anotará por el ministro me-

nos antiguo en el libro respectivo con la resolución que recaiga, y si ésta fuere de conformidad, se pondrá en el expediente una simple razón de haberse admitido la escusa, y se llamará al que deba ocupar el lugar del escusado.

[Véanse los artículos del 244 al 256 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.]

Es muy importante tener presente, que los jueces y magistrados se tendrán por forzosamente impedidos, aunque no se interponga recusación cuando existan las causas marcadas antes para la recusación, bajo los números III, IV, VI, VII, VIII, XI, XII y XIII. (Art. 257 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Los jueces en las causas solo pueden escusarse por causa suficiente para la recusación. La escusa ó impedimento se calificará de plano y sin recurso por el juez que debe calificar la recusación, cuando mas tarde el día siguiente en que se le dé conocimiento de ella. La escusa no impide el conocimiento para las diligencias urgentes, relativas á la averiguación del delito ó aseguramiento del delincuente. Los jueces y magistrados que conocen de la recusación, no son recusables en este recurso. Tampoco lo son para aclarar la sentencia que hubieren pronunciado. [Artículos del 232 al 235 de la ley de 29 de Noviembre citada.]

En cuanto á la recusación ó la escusa de los magistrados del tribunal supremo de la nación, se observará lo prevenido para las recusaciones de los ministros de los tribunales colegiales. (Art. 258 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Hemos hablado de las escepciones dilatorias que miran á la persona del juez, y que son la declinatoria y la recusación. Tiempo es ya de que veamos cuáles son las escepciones que se dirigen á la persona del actor, y cuáles se oponen á la demanda.

Las escepciones dilatorias que se oponen á la persona del actor, son la de *tua non interest*, que hemos explicado ya, hasta con sus trámites; y la falta de fianza que debe dar el actor en el juicio, ya sea al principio, porque haya comenzado por embargo que se levante prévia la respectiva fianza, ó al darse la sentencia, como veremos despues en el juicio ejecutivo, ó cuando se exija la caución de estar á derecho, ó alguna otra.

Hablaremos, por último, de las escepciones dilatorias que se refieren á la demanda y que la tachan de inepta: tales son la de libelo oscuro, pacto temporal de no pedir, carencia de acción en el actor para litigar, pedir antes del plazo ó de la condición, y la de acumulación de autos, (ley 9, tít. 3, p. 3), entre las cuales merece alguna detencion la acumulación de autos.

La *acumulacion de autos* es una excepcion dilatoria que pueden presentar las partes en un juicio, diciendo: ó que ya el mismo negocio de que se trata está comenzado y pendiente en otro tribunal, y entonces la excepcion se llama *litispendencia*, ó que no solo está comenzado el mismo negocio en otro tribunal, sino que aun puede presentarse en calidad de excepcion á la demanda una sentencia dada ya en él, como si por ejemplo, el asunto estuviere pendiente en segunda instancia en un tribunal, y se intentase comenzar otra primera instancia en un juzgado, y entonces la excepcion se llama de *cosa juzgada*; ó diciendo que hay peligro de que se divida la continencia de la causa, es decir, que corra riesgo la integridad del juicio, lo qual pueda suceder en seis casos: 1.º, cuando es una la accion, unos mismos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden, como si teniendo N. que demandar á P. por una deuda de 1.000 pesos, pudiese su demanda ante dos jueces de lo civil, pues en tal caso corre riesgo la integridad del juicio y deben acumularse los autos, es decir, que uno de los dos jueces prosiga solo el juicio. 2.º Cuando la accion es diversa, pero la cosa y los litigantes son los mismos, como sucede en un juicio universal que avoca y atrae á sí todos los juicios particulares; así vemos que en el con-

curso de acreedores, todos ellos tienen acciones distintas; pero la cosa que demandan, es decir, los bienes del deudor, y las personas de los acreedores y del deudor, son las mismas. 3.º Cuando la cosa es distinta, pero la accion y los litigantes son los mismos, como si una persona con una accion hipotecaria demandase á un mismo deudor dos fincas diversas. 4.º Cuando hay identidad de accion en diversas personas y cosas, como sucede en el caso de tutela, en que con una misma accion se procede contra varios tutores, que son responsables de diferentes cosas. 5.º Cuando la accion y la cosa son las mismas, pero son distintas las personas, como en los juicios dobles de deslinde de terrenos, de particion de herencia ó cosa comun, de tenuta y otros semejantes, que no pueden dividirse sin dispendio y vejacion de las partes. 6.º Cuando los juicios se reputan como género y especie como en los juicios posesorios en que no se puede intentar á un mismo tiempo y ante jueces distintos el interdicto posesorio y el juicio plenario de posesion. (Carleval de judic. tit. 2, disp. 1, núm. 3, 4 y 11.; Salg. Labyr, part. 1, cap. 4, párrafos 12 y 3.)

Febrero enumera siete casos en que no debe hacerse la acumulacion de autos aunque peligre la continencia de la causa. Los enumeraré aquí y

haré algunas observaciones sobre algunos de ellos.

1.º Cuando la parte no pide la acumulacion ni opone esta escepcion, pues el juez no debe hacerla de oficio. 2.º Cuando el actor y el reo son absolutamente de diverso fuero, v. g., uno del eclesiástico y otro del secular. 3.º Cuando el reo demandado ante el primer juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la escepcion que le competia, á no ser que se presente y satisfaga las costas. 4.º Cuando el juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo el pleito, como cuando dos reos, uno eclesiástico y otro lego, son cómplices en un delito; pero es de observarse á este caso que por la real orden de 19 de Noviembre de 1799, conocen juntos, en tal caso el juez lego y el eclesiástico, hasta que el asunto se ponga en estado de sentencia y pase al juez ordinario respectivo. 5.º En las ejecuciones, pues el ejecutante puede acudir á distintos jueces para la mas pronta exaccion de su crédito; á cuyo caso debo observar que no se hará la acumulacion de autos, siempre que las ejecuciones sean sobre acciones distintas, pero si versan sobre una misma accion y contra una misma persona, es preciso que tenga lugar la acumulacion. 6.º Cuando los procesos están en diversas instancias, v. g., uno en primera, y otra en segunda ó tercera; siendo

de observarse á este caso, que es del todo incompatible con lo que dije antes sobre que la cosa juzgada causa la acumulacion de autos. 7.º Por razon del juramento del contrato, pues por él adquiere jurisdiccion el juez eclesiástico segun opina Febrero; pero esto es en contra de las leyes que prohiben al juez eclesiástico el conocimiento de las causas de legos.

La acumulacion de autos no solo puede considerarse como una escepcion dilatoria que embaraza el curso del negocio principal, sino que á veces se pide aun antes de contestar demanda, como cuando el tercer acreedor que se presenta ejecutivamente contra un deudor, pide que se acumulen los juicios y que se forme concurso. La acumulacion puede pedirse en cualquiera parte del juicio, y aun admite restitucion in integrum, porque la persona privilegia no experimente vejacion en diferentes tribunales sobre una misma cosa. (Carlev. tit. 2, disp. 2, núm. 5.)

Debe hacer la acumulacion de autos el juez que comenzó á conocer del asunto á que se refieren las diversas constancias que se han formado; y si pedidas por él las actuaciones á los demás jueces éstos no las remiten, tendrá lugar el recurso de competencia. ®

Los trámites de la escepcion de acumulacion de

autos, son los mismos que quedan ya indicados para todas las excepciones dilatorias; es decir, que del escrito en que se refiere la excepcion, se corre traslado á la otra parte por tres dias, y al cabo de ellos, con lo que conteste, ó acusándola rebeldía si no lo hace, falla el juez si se admite ó nó; y si hubiere necesidad de prueba, se concederán hasta diez dias.

Algunos autores reconocen la existencia de unas excepciones que llaman *anómalas* ó *mistas*, y que segun ellos participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias. Tales son en su concepto la de paga, prescripcion, transaccion, cosa juzgada y otras que yo he llamado simplemente *perpetuas*, y que demuestran que el actor tuvo antes accion, pero que ya no la tiene.

Dicen dichos autores, que estas excepciones *anómalas*, opuestas antes de la contestacion de la demanda, son dilatorias, y que opuestas en la contestacion, son perentorias. Pero, ¿podrá comprenderse como tales excepciones puedan oponerse antes de la contestacion de la demanda, si ellas son la verdadera contestacion? Descendamos al terreno de la práctica, para ver las cosas en su mejor punto de vista. ¿Seria posible que yo, demandado por una deuda, oponga la excepcion de paga como dilatoria, ó la de prescripcion, ó la de cosa juz-

gada? Es indudable que mi escrito en que alegue una de esas excepciones, se tendrá por contestacion terminante, porque no lo puede ser mas, de la demanda que se me ha puesto, y que el juez, lejos de formar artículo, como sucede en las dilatorias, mandará citar á junta, y que siga sus demás trámites el juicio.

Podria llamarse *anómala* la excepcion de escusion que tiene el fiador reconvenido y que goza del beneficio; pero examinándola detenidamente, se verá que no pasa de dilatoria, porque el registro que se hace en los bienes del deudor para ver si tiene con qué pagar, y se salva de este modo la fianza, dilata el curso de la accion principal, pero es claro que no destruye dicha accion. Ahora, si hecha la escusion se encuentra que el deudor tiene con qué pagar, esta paga será la verdadera excepcion que destruya la accion; pero no la escusion ó registro, que solo fué el primer paso. De manera que aquí deben considerarse dos excepciones distintas: la dilatoria de escusion y la perentoria de paga.

CAPITULO XIII.

SE CONSIDERAN EN PARTICULAR LAS EXCEPCIONES
DE RECONVENCION Y COMPENSACION.

Bajo el nombre de mútua petición, se comprenden las dos excepciones perentorias que marca este título, y que por tener una naturaleza especial necesitan ser tratadas aparte. Comenzaremos por la reconvencion.

Se llama reconvencion el pedimento que el demandado, vista la demanda del actor, pone tambien por su parte. De manera que la reconvencion deberá interponerse en la misma contestacion de la demanda; tanto mas, cuanto que es una excepcion perentoria. He aquí un escrito de reconvencion, para que se comprenda mejor:

“Señor juez tantos, etc.

“Angel S., en la demanda promovida contra mí por D. Estévan M. sobre pesos, y contestando el traslado que se me ha corrido, digo: que es muy fuera del caso la demanda de mi contrario, y que me sorprende cómo la haya podido intentar precisamente cuando estábamos á punto de concluir un arreglo extrajudicial para cortar nuestras diferencias. Pero ya que el Sr. S., prescindiendo de este con-

venio, ha dado un paso hácia un litigio que nos puede ser gravoso á ambos, contestaré la demanda que me hace de mil y quinientos pesos, reconviéndole y poniéndole tambien formal demanda, como lo hago ante usted, por la cantidad de cinco mil pesos que me debe, segun consta de las dos escrituras que acompaño, y que van marcadas con los números 1 y 2; de cuyas escrituras aparece, que hace dos años vendí una casa á mi contrario, y aun me debe la parte restante del precio que ahora le reconvengo.

“No dudo que la rectitud de usted se servirá declarar que D. Estévan M. debe retirar su demanda de mil y quinientos pesos, y pagarme los cinco mil pesos que he mencionado. Por tanto,

“A usted suplico, etc.”

El lugar y la fecha de letra.

Firma del que reconviene.

Firma del abogado.

De este escrito se corre traslado al actor, y como constituye una nueva demanda, el actor contestará dentro de seis dias; de su contestacion se correrá traslado al primer demandado, que tendrá otros seis dias. (Art. 337 de la ley de 29 de Noviembre de 1858). Se citará luego á junta, se recibirá el negocio á prueba y se sentenciará, por

último, debiendo abrazar ambos negocios la sentencia, pues la reconvenccion tiene el privilegio de seguirse juntamente con el negocio principal, y terminarse á un tiempo con él.

Y desde luego se ve, por lo dicho, que el mismo juez que conocia en el negocio principal, es competente para conocer de la reconvenccion que se pone en él, siendo esta la única escepcion de la regla general de que el actor debe seguir el fuero del reo, lo cual han establecido las leyes, en obsequio del bien público, y para disminuir en lo posible el número de pleitos, siendo éste un beneficio que tambien redundá en obsequio de las partes, que pagarán menos gastos y tendrán sus derechos arreglados de una manera mas espedita. (Ley 4, tít. 10, p. 6; y ley 32, tít. 2, p. 3.) De modo, que cuando hay fueros, el clérigo que demandó á un lego ante un juez secular, está obligado á responder la reconvenccion que le haya hecho el lego ante el mismo juez. (Ley 57, tít. 6, p. 1); y al contrario, el lego que demandó á un clérigo ante el juez eclesiástico, responderá allí tambien la reconvenccion que se le haga por dicho clérigo. Debe tenerse presente, sin embargo, que la reconvenccion quita el privilegio de la persona, pero no el de la causa: de modo que por esta razon el lego no puede reconvenir al clérigo en causa espiritual ó anexa

á ella, ni en delito cometido por el clérigo contra el lego, aunque lo intente civilmente. Tampoco podrá reconvenir el lego al clérigo cuando aquel haya injuriado á éste con el objeto de reconvenirle.

Si el actor no contesta á la reconvenccion, el demandado no tiene obligacion de contestar á la demanda, pues debe ser igual la condicion de ambos. (Ley 4, tít. 10 y ley 32, tít. 2, p. 3.)

Mucho se parece la reconvenccion á la compensacion, pero tienen algunas diferencias notables: es la primera y principal, que por la compensacion se confiesa la deuda, y nó por la reconvenccion, de manera que cuando hay duda en dicha deuda, lo mejor es alegar la reconvenccion: es la segunda, que por la compensacion no puede reclamarse mas que hasta una cantidad equivalente á la que se demanda, y por la reconvenccion puede reclamarse mucho mas; de manera, que el que haya sido vencido en la compensacion, puede intentar la reconvenccion en segunda instancia, pero no al contrario: que la compensacion tiene solo lugar en cosas fungibles y de una misma especie y calidad, y la reconvenccion en todas y aun de distintas especies y calidades. Convienen las dos excepciones en que ambas prorogan la jurisdiccion del juez, constituyendo la única escepcion de la regla, tantas veces

P. 11.

citada, de que el actor debe seguir el fuero del reo, y en que ambas se siguen y sentencian juntamente con el negocio principal, sin que obste—como dice Escriche—el que si el negocio principal está claro á su término y la escepcion nó, ó al contrario, se resuelva uno primero y se siga el otro, pues de todas maneras van juntos hasta donde es posible.

Al marcar las diferencias que hay entre la reconvenccion y la compensacion, dijimos que quien haya sido vencido en primera instancia en la compensacion, puede oponer en segunda instancia la reconvenccion, aunque no al contrario; y he asentado antes que las escepciones de reconvenccion y compensacion, como perentorias deberán oponerse en primera instancia y dentro del término de los nueve dias de la contestacion de la demanda. Esta especie de contrariedad que se nota entre ambas doctrinas, se explica fácilmente diciendo que puesta la escepcion de compensacion en primera instancia y declarada nula, el que pidió compensacion puede presentar en apoyo de su reconvenccion escritura pública en segunda instancia, con el juramento de no haberla tenido antes, y entonces valdrá la reconvenccion, siguiéndose en esto la doctrina general de la materia de prueba en segunda instancia, pues es visto que en este tiempo se admite

la prueba de escritura pública con el juramento indicado. Esta inteligencia deberá tener, en mi concepto, la disposicion canónica, (cap. 3 de Rescriptis in sexto, y la ley 1, tít. 7, lib. 11 de la Nov. Rec.,) en que se dispone que la reconvenccion pueda presentarse en cualquier estado del pleito.

Con las diferencias que he explicado, queda determinada la naturaleza de la compensacion: debe ponerse en la contestacion de la demanda, como que es perentoria y es preciso que recaiga sobre cosas fungibles é iguales en especie, y sin exceder en cantidad, aunque ésta puede ser menos, y entonces se rebajará tan solo la cantidad equivalente, pero no puede ser mas, porque entonces tomará el carácter de reconvenccion. He aquí un escrito de compensacion, para que se comprenda mejor:

Señor juez tantos, etc.

“Angel F., en la demanda promovida contra mí por D. Lucas V., sobre dos mil pesos que le adeudo, y contestando al traslado que de aquella se me ha corrido, ante usted, etc., digo: que dicha demanda es del todo inconducente é inútil, pues debiéndome D. Lucas V. una cantidad de dos mil pesos, importe de una partida de mulas que le vendí, como consta todo por la escritura del contrato celebrado

á fines del año pasado, y cuya escritura debidamente acompaño, resulta compensada una deuda con otra; y así pido que se sirva usted declararlo, condenando á la otra parte en las costas y perjuicios por haber en ella notoria temeridad.

A usted pido, etc.”

El lugar y la fecha de letra.

Firma del que pide la compensacion. Firma del abogado.

Los trámites que corre esta escepcion, son los mismos que para la reconvention.

Hemos dicho ó indicado, que para la compensacion es preciso que las cantidades estén líquidas, y si no lo estuvieren por de pronto, se liquidarán dentro del término de prueba, sin que haya necesidad de formarse artículo previo para dicha liquidacion. Tambien en la reconvention se liquidarán las cantidades, si las hay, en el término espresado.

Suelen decir algunos, que la reconvention no es una verdadera escepcion, puesto que, cuando se reconviene, por ejemplo, una cosa distinta de la que se demanda, no excluye la accion, sino que lo único que hace es que los dos juicios se siguen en uno. Sin embargo, si se examina bien la naturaleza de la reconvention, se verá que las mas veces, aunque es cierto que al principio no excluye la accion, pero al pronunciarse la sentencia resulta en

los mas casos una especie de compensacion en que se refunden las dos acciones, quedando ambas destruidas, ó solo parte de una de ellas. Así, por ejemplo, si el actor demandó mil pesos, y el demandado le reconviene cuatro caballos, esta reconvention se admite, se siguen las dos acciones en un mismo juicio y por los trámites dichos, se considera en la prueba el valor de los caballos, y en la sentencia se decide que de aquellos mil pesos, si se deben, se descuenten el valor de los caballos, ó que si éstos valen mas, se descuenten de su valor los mil pesos, quedando condenado el litigante que no hubiere satisfecho del todo su deuda, á pagar el resto de ella.

Si tratándose de un juicio ordinario, se pone una reconvention fundada en instrumento ejecutivo, no se cambia el juicio ordinario en ejecutivo, sino que sigue con su primera naturaleza, entendiéndose que se ha renunciado el beneficio de la via ejecutiva. De manera que no puede alegarse en el juicio ordinario una reconvention que exija un juicio incompatible, sin sujetar este juicio incompatible á los trámites del ordinario. Así, por ejemplo, si alguno tratándose de un juicio ordinario, reconviene con despojo, se entiende que sujeta dicho despojo á los trámites ordinarios, puesto que uno de los requisitos de la reconvention, es que se siga y se sentencie juntamente con el negocio principal.

En el comodato y en el depósito se alega una reconvenccion que se llama retencion: así, v. g., si el comodante ó deponente reclaman su cosa al comodatario y depositario, y no han pagado los gastos hechos en la cosa, estos dos últimos pueden reconvenir á los primeros los dichos gastos, pidiendo la retencion de la cosa.

CAPITULO XIV.

DE LA FORMACION DE LOS AUTOS EN CUADERNOS.

Parece ya oportuno decir la manera con que deben tenerse los escritos y documentos que se van presentando en el juicio, pues una de las cosas que contribuyen á la pronta expedicion de los negocios, es la buena distribucion de sus constancias, cuya colocacion ordenada facilita en estremo la administracion de justicia.

En la práctica, y en atencion al auto acordado de la antigua audiencia de Méjico, de 10 de Junio de 1720, se acostumbra dividir los escritos y datos de los negocios, por cuadernos: uno que se llama principal ó corriente, y que contiene los escritos de las partes, los documentos en que ellos se fundan, las notificaciones hechas á las dichas partes y lo que éstas han contestado, así como los autos y sentencias que hayan recaído sobre dichos escri-

tos, los alegatos de bien probado y la sentencia definitiva. Hay otro cuaderno que se llama de pruebas, para cada una de las partes, pues deben estar separadas las que alega cada cual, y en este cuaderno están reunidos los documentos é informaciones que cada uno de los interesados presenta en apoyo de su defensa.

Cuando hay varias juntas en el negocio, tambien puede formarse un cuaderno que se llame de juntas. En los incidentes ó artículos que se siguen por cuerda separada, como una tercería por ejemplo, se usa tambien de cuadernos separados, que tienen por título un breve resúmen de su contenido.

Los cuadernos mencionados deben estar bien cosidos, para que los documentos que ellos contienen no estén en riesgo de perderse; deben tener sus títulos en la carátula, segun la materia de que tratan, y bajo del título se pondrá el nombre del juez que conoce del negocio, y el del escribano. Arriba del título se pondrá el año en que comienza el cuaderno. Todas las fojas deben estar numeradas, tanto para que así se pueda saber cuando se estravía alguna, quanto para poder citar los puntos que se discuten en los diversos escritos. Cada foja tiene dos caras, el frente y la vuelta, de modo que cuando se cite alguna, hay que añadir á cuál de estas dos caras pertenece el punto citado.

Esta division en cuadernos de los materiales de un juicio es muy natural, pues la mayor parte de los negocios traen consigo documentos y escritos tan numerosos, que no serian manuales si se fueran á reunir en un solo volúmen. Estos son los cuadernos que se forman en la primera instancia de los negocios, y luego veremos los que se forman nuevamente en la segunda.

Los cuadernos en general toman su nombre genérico, segun la materia de que se trata en ellos. Se llama expediente un cuaderno, solo ó compuesto, que trata de cosas relativas á la hacienda pública. Se llaman autos los cuadernos en que se ventilan puntos civiles; y se llama causa ó proceso el cuaderno en que se trata de un negocio criminal. Es preciso tener bien presentes estas distinciones y no confundirlas.

CAPITULO XV.

¿QUE ES ARTICULO?

Se llama artículo en el juicio la cuestion ó disputa que se promueve sobre algun punto que es incidente del negocio principal, ó sobre la direccion del juicio que se sigue.

Segun sea la naturaleza del artículo, así suspende ó nó el curso del negocio principal: en el primer caso se decide préviamente; en el segundo se en-

tabla y sigue sin perjuicio de aquel. En el primer caso se suele usar de esta fórmula. "Sobre que fomo artículo y pido prévio especial pronunciamiento." En el segundo caso se usa siempre de esta otra: "Corriendo este punto por cuaderno y cuerda separada." La misma naturaleza del artículo da á conocer cuál pedimento deba hacerse; así por ejemplo, la escepcion de falta de personalidad, es un artículo que necesita prévio especial pronunciamiento, y la de informacion de insolvencia, ó una tercería, serán de las que corran por cuaderno y cuerda separada.

Acerca de la sustanciacion y enumeracion de los artículos que haya en el juicio, hemos explicado ya su mayor parte, cuando se trató de las escepciones dilatorias, puesto que cada una de ellas es un verdadero artículo.

Los abogados deben procurar, en prueba de la buena fe con que han de sostener el derecho de sus clientes, no oponer artículos inútiles ó poco conducentes en el curso de los negocios, pues quien está dilatando mas y mas el término de la conclusion del asunto, es porque teme la sentencia; y es de advertir que los jueces regulan tambien la temeridad de los litigantes á quienes condenan en las costas, por los enredos y complicaciones que se han hecho en el curso del juicio.

CAPITULO XVI.

DE LOS DIAS FERIADOS, DE LOS PLAZOS Ó DILACIONES Y DE LA ACUSACION DE REBELDIA.

Se llaman dias feriados los que se destinan para celebrar las fiestas, ya religiosas, ya civiles, ó de utilidad comun. Ejemplo de los primeros son los domingos y otros dias en que celebra la Iglesia sus santos principales; ejemplo de los segundos son las festividades nacionales con que se celebra el recuerdo de nuestra independenciam; y ejemplo de los terceros son los dias de descanso que se conceden á los empleados en la administracion de justicia, para que tomen aliento en sus tareas. (LL. 34, 36 y 37, tít. 2, P. 3.)

En todos estos dias no se puede actuar comunemente; pero hay casos urgentes en que está permitido el hacerlo, y tales son: el nombrar un tutor ó el remover al sospechoso; atender á la madre que ha quedado embarazada despues de la muerte del marido y que pide alimentos; en los juicios sumarisimos; en la apertura de un testamento, y en las cosas que son de utilidad comun. Antiguamente era necesario habilitar estos dias cuando era preciso trabajar en ellos, pero hoy ya no lo es segun el

art. 549 de la última ley de 29 de Noviembre de 1858.

Los dias feriados que llaman vacaciones, se reducen á los de carnestolendas hasta el miércoles de ceniza inclusive, la semana santa, contando desde el domingo de Ramos hasta el martes de Pascua, y la Pascua de Navidad, hasta el primero de Enero siguiente; á los cuales no tenemos que añadir por nuestras leyes mas que el dia 16 de Setiembre, espresamente exceptuado en el decreto de 29 de Mayo de 1829, en el que se previene que se trabaje siempre en las oficinas y tribunales de la federacion, á no ser que lo impida alguna causa legal. (L. 6, tít. 2, lib. 4 de la N.; decreto de 29 y circular de Marzo de 1789.)

No faltan autores que se opongan á estas vacaciones que se conceden á los empleados en la administracion de justicia; pero dichos autores creen que dicha administracion queda paralizada en virtud de dichas vacaciones, y no es así, puesto que los tribunales se ejercitan entonces en los negocios que no admiten espera.

Se llaman plazos, dilaciones ó términos dilatorios, los que se conceden á las partes para que presenten sus escritos ó ejecuten alguna diligencia judicial. Parece escusado detallar aqui los diversos plazos ó términos que hay en el juicio, cuando los

vamos considerando de un modo tan claro, al explicar cada trámite del negocio.

El art. 559 de la ley de 29 de Noviembre citada, declara que todos los términos legales se cuenten de momento á momento. Solo se entienden perentorios é improrogables los que espresamente designa como tales la ley; los demás pueden prorogarse por los jueces una sola vez con causa justa, y en todos se escluirán los dias festivos y aquellos en que vacan los tribunales. Pasados que sean, bastará una rebeldía para que el juez mande que se recojan los autos si estuvieren fuera del oficio, previniendo el apremio si la parte no los devolviera dentro de veinte y cuatro horas, sin necesidad de especial gestion del interesado. (Art. 557 de la misma ley.)

El escrito en que se acusa rebeldía, es poco mas ó menos del modo siguiente:

“Fulano de tal, en los autos tales y cuales, ante usted, salvas las protestas oportunas, digo: que mi contrario el Sr. D. N., tomó desde el dia tantos de tal mes los autos para hacer tal cosa; y habiendo pasado ya el término dentro del cual debiera hacerlo, y no habiéndolo hecho, le acuso rebeldía en toda forma, y pido á usted que, teniéndola por acusada, le mande sacar los autos con apremio y costas.

A usted suplico, etc. El lugar y la fecha de letra.

(Este escrito no necesita firma de abogado como dije antes.)

El apremio consiste en que vaya el ejecutor á exigir los autos al procurador que es el responsable de ellos.

CAPITULO XVII.

DE LA REPLICA Y DUPLICA Y DE LAS JUNTAS

Ya no están en uso en el dia los escritos de réplica y dúplica, pues el art. 337 de la ley de 29 de Noviembre de 1853, ordena que solo habrá lugar á la réplica y dúplica cuando el demandado interponga mútua peticion ó reconvenccion, en cuyo caso se correrá traslado á cada parte, por seis dias.

Presentado el escrito de contestacion, ó concluido el término de prueba, segun al juez pareciere conveniente, citará á las partes á su presencia, y procurará que terminen el negocio por una composicion amigable. Si no se lograre, hará que en el primer caso, en debate verbal, fijen con claridad y precision el punto cuestionado, y si el negocio no exigiere prueba, lo dará por concluido para sentencia definitiva. (Art. 336 de la misma ley.)

De manera que hoy, presentada al juez la contestacion de la demanda, no deberá mandar que se

corra traslado como antes, sino que pondrá su auto en estos términos: "Para los efectos del art. 337 de la última ley de administración de justicia, cítase á junta para tal día."

La citada junta, ordenada ya por la ley de 16 de Diciembre de 1853 ha venido á simplificar los trámites del juicio ordinario, pues con ella se suplieron los escritos de réplica y dúplica que habia antes y que no eran mas que repeticiones de la demanda y contestacion.

Esta junta á que se cita despues de la contestacion de la demanda, es de la misma naturaleza de todas las demás juntas; y por lo mismo, al hablar de ella aquí, diremos algo sobre las juntas en general.

Los jueces tienen obligacion de procurar por todos los medios posibles, el que se eviten y corten amistosamente los pleitos, y de aquí el origen de las juntas. De manera que la junta podria definirse: la reunion de los interesados en un juicio, en la que el juez que la preside procura avenir á las partes y cortar por este medio el litigio. Cuando se trata de un punto de derecho es casi escusada la junta, pues como dice muy bien el Sr. Peña y Peña, las mas veces no producirá sino acaloradas discusiones. Pero cuando se trata de hechos, la junta puede producir muy buenos resultados.

Hay negocios en que son indispensables las juntas: en el juicio civil ordinario ya hemos visto que la ordena terminantemente la ley, ó despues de la contestacion de la demanda, ó concluida la prueba; y son asimismo necesarias las juntas cuando es preciso dictar providencias de comun acuerdo de varios interesados, ó cuando hay que decretar providencias económicas que no admiten demora, y que de otra manera demandarian costosas dilaciones, como aseguramiento de bienes, cobro de dependencias, nombramiento de síndicos para un concurso, etc. Y hay casos en que se celebra junta aun cuando alguna de las partes lo resista, como sucede en aquellos que están espresos por la ley, como en el juicio ordinario, para el que está mandado espresamente, y en los negocios de esperas y quitas, para los que la ley previene tambien que los acreedores se junten en uno para acordar lo que convenga; y tambien las que los jueces mandan tener para averiguar la verdad de los hechos, pues para ellos siempre está abierto el término de prueba.

Las juntas por lo regular solo se admiten en primera instancia. Concurren á la junta: el juez del negocio como presidente, las partes con sus patronos, y el escribano que la autoriza. Lo que pasa en la junta, y el resultado último, se asientan

por escrito en los autos, en forma de una acta que firman al pié todos los concurrentes para su constancia y cumplimiento.

En el juicio civil ordinario, de que estamos tratando, la junta tiene uno de dos objetos: ó que se fijen los hechos sobre que debe recaer la prueba, si se trata de un punto de hecho y no puede haber avenimiento, ó que se determine el negocio para sentencia si se trata de un punto de derecho.

He aquí un ejemplo de lo que puede pasar en una junta de juicio ordinario, y del acta que se levanta:

“En la ciudad de tal y en tal fecha, reunidos en la casa del Sr. juez tantos de letras de esta capital, D. N., los señores D. Víctor N. con su patrono el Lic. D. Juan N., por una parte, y por la otra los Sres. D. Jorge Z. y su patrono el Lic. D. Diego C.; vistos los autos sobre declaracion del verdadero sentido de una cláusula de escritura pública, y leida al Sr. N. la contestación dada por el Sr. Z. á la demanda del primero, el Sr. juez tomó la palabra y dijo: que aquella junta como lo esperaba, tendria muy buenos efectos puesto que se trataba precisamente de un punto que podía quedar fijado sin necesidad de pasar mas adelante en el juicio, y además que la ilustracion de los

señores litigantes que estaban allí presentes, se conformarian sin duda con entrar en una avenencia que ahorrándoles muchos disgustos y pasos cortase de raíz el litigio. Continuó diciendo el señor juez que el arreglo que se presentaba mas naturalmente en el degocio, era que el Sr. Z., puesto que habia ofrecido pagar voluntariamente los réditos del capital de que habla la escritura, por anualidades adelantadas, no habia inconveniente en que las siguiera pagando así, y mas faltando ya poco tiempo para terminarse el contrato; que de este pago adelantado no se sigue perjuicio alguno al Sr. Z., para quien es indiferente pagar adelantada ó vencida una cantidad que para él es tan corta, atendiendo al crédito de su casa; por último, que ya era para el Sr. Z. un punto de honor el pagar las anualidades adelantadas, puesto que así lo habia ofrecido voluntariamente. Oidas estas razones y este avenimiento propuesto por el señor juez, el patrono del Sr. Z., despues de hablar un momento con éste, dijo que se conformaba con el avenimiento propuesto, pero que no le parecia justo el pagar costas por su parte. El señor juez propuso entonces que se pagaran por mitad, y ambos interesados quedaron conformes, terminando así esta junta, que firmaron las partes con el señor juez, de lo que doy fe.”

(Aquí siguen las firmas de las partes con sus patronos, el juez y el escribano.)

Es preciso que fijen los estudiantes su atención en el esmero con que el juez debe proponer cuantos medios de avenencia sean posibles para cortar el litigio. A veces sucede que, en los negocios en que parecia mas difícil un arreglo, tiene el juez tal tino para elegir los medios de avenimiento, los presenta de una manera tan halagüeña y propicia á ambos litigantes; les describe tan bien la mejor suerte que tendrían si no siguieran adelante en el litigio que amenaza ser reñido y costoso, no solo á los intereses, sino á la salud, por los mil disgustos que se originan en los pleitos; todo esto, repito, lo hace el juez á veces con tal tino, que los interesados en el negocio no pueden menos de aceptar un avenimiento que presenta semejantes ventajas, terminando así un pleito que ofrece tantos disgustos.

CAPÍTULO XVIII.

DE LAS PRUEBAS.

Para tratar de una materia tan estensa é importante como la de pruebas, es preciso fijar el método mas sencillo; y en tal virtud, comienzo por establecer cuatro partes que abrazarán todo el capítulo: 1.ª Qué cosa es prueba y quién debe

probar.—2.ª Qué pruebas pueden presentarse en juicio.—3.ª De qué manera se han de presentar en juicio esas pruebas.—4.ª Dentro de qué término se deben rendir las pruebas.

PRIMERA PARTE.

Qué cosa es prueba y quién debe probar.

Se llama prueba la averiguación que se hace en juicio cuando hay duda acerca de cuál de los litigantes tiene de su parte la razón. De manera que en general puede decirse que las pruebas del juicio versan unas sobre la demanda ó acción del actor, y otras sobre la contestación ó excepciones del demandado. La anterior definición está conforme con las leyes 1, 2 y 3, tit. 14, P. 3.

Por regla general toca probar al actor, que es quien afirma, pero hay veces que también al que niega incumbe la obligación de probar, siempre que su negativa envuelva una afirmación. La negativa puede ser de derecho, de calidad y de hecho: la primera consiste en negar la conformidad de alguna cosa con lo que está mandado por la ley, como cuando uno niega la fuerza de un instrumento, alegando que no contiene las solemnidades que para él se requieren, ó cuando niega que otro pueda ser juez, abogado, testigo, apoderado, etc., por carecer de las circunstancias que

(Aquí siguen las firmas de las partes con sus patronos, el juez y el escribano.)

Es preciso que fijen los estudiantes su atención en el esmero con que el juez debe proponer cuantos medios de avenencia sean posibles para cortar el litigio. A veces sucede que, en los negocios en que parecía mas difícil un arreglo, tiene el juez tal tino para elegir los medios de avenimiento, los presenta de una manera tan halagüeña y propicia á ambos litigantes; les describe tan bien la mejor suerte que tendrían si no siguieran adelante en el litigio que amenaza ser reñido y costoso, no solo á los intereses, sino á la salud, por los mil disgustos que se originan en los pleitos; todo esto, repito, lo hace el juez á veces con tal tino, que los interesados en el negocio no pueden menos de aceptar un avenimiento que presenta semejantes ventajas, terminando así un pleito que ofrece tantos disgustos.

CAPÍTULO XVIII.

DE LAS PRUEBAS.

Para tratar de una materia tan estensa é importante como la de pruebas, es preciso fijar el método mas sencillo; y en tal virtud, comienzo por establecer cuatro partes que abrazarán todo el capítulo: 1.ª Qué cosa es prueba y quién debe

probar.—2.ª Qué pruebas pueden presentarse en juicio.—3.ª De qué manera se han de presentar en juicio esas pruebas.—4.ª Dentro de qué término se deben rendir las pruebas.

PRIMERA PARTE.

Qué cosa es prueba y quién debe probar.

Se llama prueba la averiguación que se hace en juicio cuando hay duda acerca de cuál de los litigantes tiene de su parte la razón. De manera que en general puede decirse que las pruebas del juicio versan unas sobre la demanda ó acción del actor, y otras sobre la contestación ó excepciones del demandado. La anterior definición está conforme con las leyes 1, 2 y 3, tit. 14, P. 3.

Por regla general toca probar al actor, que es quien afirma, pero hay veces que también al que niega incumbe la obligación de probar, siempre que su negativa envuelva una afirmación. La negativa puede ser de derecho, de calidad y de hecho: la primera consiste en negar la conformidad de alguna cosa con lo que está mandado por la ley, como cuando uno niega la fuerza de un instrumento, alegando que no contiene las solemnidades que para él se requieren, ó cuando niega que otro pueda ser juez, abogado, testigo, apoderado, etc., por carecer de las circunstancias que

son necesarias para ello, y en este caso la prueba incumbe al que niega.

La negativa de calidad es aquella por la que se niega que en alguno concurre cierta calidad, la cual, si es de las que naturalmente tienen todos, por ejemplo, la de ser capaz y de claro entendimiento, ó que no era mayor cuando contrajo, debe probarla el que la niega, porque ella es el fundamento de su intencion, y de esta negativa se induce la afirmativa que trasfiere al negante la obligacion de probarla, pues la presuncion está por su contrario, y no haciéndolo, se obsequiará la solicitud de este último, aunque nada pruebe. Pero si la calidad es de las que competen accidentalmente á alguno, y no naturalmente á todos, como por ejemplo, que es abogado ó médico, toca entonces la prueba al que afirma ser abogado ó médico, así como tambien cuando dice ser mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino á que cada cual pruebe el fundamento de su intencion. (LL. 1, 2 y 4, tit. 14, P. 3.)

La negativa de hecho puede ser indefinida ó coartada: es indefinida la que no determina tiempo, lugar ni otra circunstancia en que fundarse, como cuando uno niega haber hecho el contrato que se le supone; y coartada es la que se limita á cierto

lugar, tiempo ú otra circunstancia, como cuando el demandado niega haber estado en el lugar en que pasó el acto que se le imputa, en el dia y hora á que se refiere dicho acto.

La clasificacion de las negativas, reconocida por todos los autores, trae la ventaja de dar á conocer desde luego cuál de las partes es la obligada á la prueba. En general, deben tenerse presentes en la practica estos dos principios: la negativa que admite prueba debe probarse siempre que está contra ella la presuncion; y en caso de no haberla, conforme á lo resuelto en el cap. 3 de *Causa possessionis et proprietatis*, si la parte actora no prueba su intento, deberá absolverse al reo aun cuando nada haya en su favor.

La presuncion que uno tiene á su favor, echa sobre el adversario la carga de hacer la prueba. (Cur. Filíp., part. 1, Juic. civ., § 17.) De aquí es que el que pagó por error alguna cantidad, debe probar que no la debia, por presumirse que nadie dá lo suyo á otro sin deberlo, á no ser labrador, menor de catoree años, mujer ó cualquier otro á quien no perjudique la ignorancia del derecho; pues en estos casos la parte contraria ha de probar ser verdadera la deuda. (L. 6, tit. 14, P. 3.) Si muerto el marido, se hallare en poder de la mujer dinero ú otra cosa, y pidiéndolo los herederos ne-

gare la mujer que pertenezcan á la herencia, estará obligada á probar que es suyo, ó á entregarlo en otro caso, porque se presume ser del marido todo lo que la mujer tuviese en su poder, mientras ésta no pruebe lo contrario, á no ser que pudiese hacer adquisiciones propias mediante el uso de algun arte ú oficio. Si un padre en su testamento, despues de haber dejado á un hijo legítimo cuanto le permite la ley, manda que se le restituya cierta cantidad, espresando que se la dió secretamente para guardarla para él un pariente suyo, ó que la percibió de los frutos de tal herencia propia del hijo ó de la madre, ó que la adquirió de otro modo semejante con dicho objeto, no estarán obligados los herederos á la satisfaccion de tal deuda, mientras el hijo no pruebe que es real y verdadera, por presumirse que el difunto no tuvo otra mira que la de hacer bien á su hijo ilegítimo en fraude de la ley y en perjuicio de sus legítimos herederos. [L. 3, tít. 14, P. 3.]

Pasemos á la segunda parte.

PARTE SEGUNDA.

Qué pruebas pueden presentarse en juicio.

Las pruebas se dividen en plenas, perfectas ó completas, y en semi-plenas, imperfectas ó incompletas. Las primeras son las que prueban cumpli-

damente las acciones de la demanda, ó las escepciones de la contestacion; y las segundas son aquellas que demuestran solo á medias dichas acciones ó escepciones.

Las especies de prueba plena, completa ó perfecta, son cuatro, á saber:

- 1.^ª La confesion de la parte hecha en juicio.
- 2.^ª La declaracion de dos ó mas testigos con-testes.
- 3.^ª Los instrumentos públicos ó escrituras.
- 4.^ª La evidencia ó inspeccion ocular del juez en los negocios de division ó amojonamiento de términos de lugares y campos, ú otros en que cabe esta especie de prueba.

Las especies mas conocidas de prueba semi-plena son las seis principales siguientes:

- 1.^ª La deposicion de un solo testigo.
- 2.^ª La confesion extrajudicial.
- 3.^ª El cotejo de letras.
- 4.^ª La fama pública por sí sola sin el apoyo de testigos idóneos.
- 5.^ª El juramento supletorio.
- 6.^ª Las presunciones.

Cuyas divisiones y nombres están de acuerdo con las leyes 8 y 11, tít. 14, P. 3, y ley 119, tít. 18, P. 3.

En cuanto á las especies de pruebas que no son directas se pueden contar las dos siguientes:

1.º El juramento decisorio, que hace prueba plena.

2.º Las cosas antiguas, como monumentos, inscripciones, columnas ú obeliscos, etc., para probar señoríos y linajes, que hacen prueba semi-plena.

Comencemos, pues, á tratar por su órden de cada una de las pruebas indicadas, empezando por la primera de las plenas.

Primera prueba plena.

La confesion de la parte hecha en juicio.

La confesion judicial es la declaracion que el demandado hace ante el juez competente confesando la demanda; ó la declaracion que hace el demandante ante el juez competente confesando la escepcion. Si esta declaracion es terminante y tiene los requisitos que vamos á enumerar en seguida, es la prueba mas plena que puede presentarse en el juicio; pues el que ha confesado de un modo tan solemne una obligacion suya ó un derecho de otro que le es contrario, se entiende que se ha juzgado á sí mismo, y por eso los autores dicen, que la confesion judicial equivale á la cosa juzgada, y en tal virtud ya no es necesaria otra prueba. (L. 2, tít. 13, P. 3.)

Los requisitos que se exigen para que la confe-

sion judicial sea válida en perjuicio del que la hace y beneficio de su contrario, son los siguientes:

1.º Que el que la hace sea mayor de 25 años; ó que si es menor y entró ya en la pubertad, intervenga la autoridad de su curador, sin embargo de la cual podrá en caso de lesion pedir la restitucion in integrum. (L. 1, tít. 13, y l. 3, tít. 25, P. 3.)

2.º Que sea libre y no arrancada por fuerza ó miedo de muerte ó deshonor, ni por otra coaccion física ó moral, ni por promesa, dádiva, engaño ó propio artificio. (LL. 4 y 5, tít. 13, P. 3.)

3.º Que se haga á sabiendas ó con ciencia cierta y no por ignorancia ó error de hecho, pero no si el error es de derecho, pues se entienda que nadie ignora las leyes. Así por ejemplo, si N. demanda á S. un legado que el padre de este último dejó al primero en testamento, y S. confiesa de buena fé el legado, no siendo cierto que exista tal legado, éste será un error de hecho que podrá hacer nula la confesion en cualquier estado del juicio, y aun despues de ejecutoriada la sentencia, pues podrá pedirse restitucion. Pero el error de derecho deja subsistente la confesion, de manera que si N. demanda á S. mil pesos, y éste confiesa la deuda y se le condena al pago, no podrá revocar la confesion diciendo que la deuda está prescrita por haber pasado 20 años, y que si la confesó era porque ig-

noraba la ley de prescripciones, pues repito que no puede suponerse en nadie la ignorancia de las leyes. (L. 5, tít. 13, P. 3.)

4.º Que el confesante la haga contra sí mismo ó para resultar obligado á otro; mas no en su favor ni contra un tercero. (L. 4, tít. 13, P. 3, y l. 2, tít. 7, lib. 2, Fuero real.)

5.º Que se haga ante juez competente, ó de su orden ante escribano. (LL. 4 y 5, tít. 23, lib. 11, Nov. Rec.)

6.º Que se haga estando presente la parte contraria ó su apoderado (LL. 2 y 4, tít. 13, P. 3.) Pero en la práctica se tiene por bastante la confesion en los autos y comunicada luego al adversario.

7.º Que recaiga sobre cosa, cantidad ó hecho determinado: de modo que si demandando uno á otro mil pesos, confiesa éste que debe una cantidad sin espresarla, no le perjudicará la confesion; mas debe el juez apremiarle á que responda categóricamente fijando la cantidad de la deuda. (LL. 4 y 6, tít. 13, P. 3.)

8.º Que no sea contra naturaleza ni contra ley. Será contra naturaleza la que uno hiciere de haber cometido adulterio no teniendo edad competente para ello, ó de ser padre ó abuelo de una persona de mas edad que él. Será contra la ley la

que hiciere un casado de tener un impedimento dirimente con objeto de anular el matrimonio, pues el impedimento no puede probarse por confesion sino por testigos, ó de otro modo (LL. 4 y 6, tít. 13, P. 3.) Tambien será contra ley ó contra la presuncion del derecho la que hiciere una madre de que no es de su marido sino de otro un hijo que ha tenido durante el matrimonio. (L. 9, tít. 14, P. 3.)

Los demás requisitos que se exigen para que la confesion judicial sea válida, versan sobre causas criminales que no consideramos en este libro.

Pero en cuanto á lo civil, las ocho circunstancias que he explicado son bastantes, y toda la materia de requisitos de la confesion judicial está resumida en estos versos latinos que enumeran las diez circunstancias que se exigen para que la confesion judicial haga prueba plena segun la ley 4, tít. 13, P. 3.

Major, aponte, sciens, contra se, ubi jus fit et hostis
Certam, lisque, favor, jus nec natura repugnet.

Difícil es á la verdad que el demandado confiese de luego á luego la demanda, pero á veces el demandante procura ver si valiéndose de cierta astucia, consigue arrancarle una confesion, y para esto pone en juego las posiciones.

Se llaman posiciones, ciertas preguntas que se

hacen por escrito sobre algun punto de la demanda, para que confesando la parte, releve á la contraria de la prueba. Es de advertir que se diferencian en mucho las posiciones y el interrogatorio, pues las posiciones se dirigen siempre de una parte á otra, y el interrogatorio se dirige á un tercero, y además que las posiciones se hacen para relevar de la prueba, mientras que el interrogatorio es precisamente para probar.

Para valerse de las posiciones es necesario poner las que sean conducentes á la confesion, y expresarlas de un modo terminante y explícito. Al fin del capítulo se explicará el procedimiento práctico para presentarlas.

Pasemos á la segunda prueba plena.

Segunda prueba plena.

La declaracion de dos ó mas testigos contestes.

Para comprender esta segunda prueba plena es preciso fijar dos cosas de antemano, á saber:

Qué cosa es testigo.

Quiénes pueden ser testigos.

Se llama testigo en derecho la persona fidedigna de uno ú otro sexo que puede manifestar la verdad ó falsedad de los hechos controvertidos. (L. 9, tít. 16, P. 3.; tít. 11, lib. 11, Nov. Rec.)

Pueden ser testigos los que reunen las condicio-

nes de edad, conocimiento, probidad é imparcialidad que exigen las leyes.

En cuanto á la edad, no puede ser testigo en las causas civiles el que aun no haya cumplido catorce años, y en las criminales el que no haya cumplido veinte; bien que antes de llegar á estas edades, puede una persona ser llamada á declarar y servirá su dicho de presuncion. (L. 9, tít. 16, P. 3.)

En cuanto al conocimiento, no puede ser testigo por falta de él, el loco, fátuo, ó mentecato, el ébrio ó embriagado, ó el que de cualquiera otro modo está destituido de juicio. (L. 8, tít. 16, P. 3.)

En cuanto á la probidad, no pueden ser testigos por falta de ella:

El conocido por de mala fama;

El que hubiese dicho falso testimonio ó falseado carta, sello ó moneda del gobierno;

El que faltase á la verdad en un testimonio por precio recibido;

El que hubiere dado yerbas ó veneno para causar algun aborto, muerte ú otro mal corporal;

El casado que tiene en casa barragana ó mancocha conocida;

El forzador de mujer, aunque no se la lleve;

El que saque religiosa de algun convento;

El apóstata;

El que casare sin dispensa con parienta en grado prohibido;

El traidor ó alevoso;

El de mala vida, como ladron, alcahuete ó tahir;

El excomulgado vitando.

(Ley 8, tit. 16, P. 3.)

En cuanto á la imparcialidad, no pueden ser testigos por falta de ella:

El ascendiente y descendiente en causa recíproca, menos en las causas de linaje ó filiacion. (LL. 10 y 14, tit. 16, P. 3);

La mujer por su marido, ó el marido por su mujer; ni un hermano por otro, mientras vivan juntos bajo la patria potestad. (L. 15, tit. 15, P. 3.)

El interesado en la causa, escepto el individuo de comunidad, ayuntamiento ó universidad que puede serlo en las causas de dichas corporaciones. (L. 18, tit. 16, P. 3);

El criado familiar ó paniaguado. (L. última citada);

El enemigo capital, entendiéndose que hay enemistad capital entre el que mató á otro y el pariente de éste, ó entre aquellos de los cuales el uno ha acusado al otro de delito que debiera ser castigado con pena de muerte, mutilacion ó destierro, entendiéndose que la prohibicion de atestiguar solo existe mientras dura la enemistad. (L. 22, tit. 16, P. 3);

El hombre muy pobre, á menos que sea de buena reputacion y arreglada conducta. (LL. 8 y 22, tit. 16, P. 3);

El juez en pleito que juzgó ó ha de juzgar; el abogado y el procurador por su parte ó cliente; el tutor ó curador en pleitos de sus pupilos ó menores. (LL. 19 y 20, tit. 16, P. 3);

El cómplice en el delito contra su compañero, pues podria culparse á un inocente, bien por venganza, bien por embrollar ó retardar el negocio, bien por mezclar alguna persona poderosa con la esperanza de mejorar el éxito del proceso. (Ley 20, tit. y P. cit.);

El que está preso en causa criminal contra cualquier acusado, por recelo de que podria dar falso testimonio á ruego de alguno que le prometiese sacarlo de la cárcel. (L. 10, tit. y P. cit.);

El sócio en negocio que siguiere su compañero sobre cosas de la compañía, aunque puede serlo en lo que no pertenezca á ella. (L. 21, tit. y P. cit.)

El presentado por el acusador, si fuese su pariente dentro del tercer grado, ó viviese con él cotidianamente. (L. 10, tit. y P. cit.)

El que por dinero lidie con bestia brava, y la mujer prostituta ó meretriz en causas criminales. (L. cit.)

El moro, judfo ó hereje contra un cristiano. (L. 8, tit. y P. cit.)

Todos los testigos deben presentarse al juez á dar sus declaraciones, escepto el enfermo, la mujer

honrada y el mayor de setenta años, á quienes el juez irá á tomar declaracion á su casa. (L. 34, tít. 16, P. 3.)

Darán sus declaraciones por informes ó certificaciones, el presidente de la República, los ministros de Estado, consejeros, magistrados del tribunal supremo y del de la guerra, ministros de los tribunales superiores, gobernadores y consejeros de los Departamentos, prelados, eclesiásticos, seculares y regulares, generales del ejército, empleados superiores y jefes de las oficinas en todos los ramos de la administracion. (Art. 562, de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Todos están obligados en obsequio de la justicia, á declarar lo que sepan sobre algun negocio en que se disputa; pero no pueden ser apremiados á dar declaracion: los descendientes contra sus ascendientes, ó al contrario, ni los parientes contra sus parientes, hasta el cuarto grado, ni el suegro contra el yerno, ó al contrario; ni el padrastro contra el hijastro, ó al contrario, en causas contra sus personas, fama, ó pérdida de la mayor parte de sus bienes; bien que si espontáneamente quisieren hacerlo, podrán, y valdrá su dicho. (LL. 11, tít. 16, P. 3 y 9, tít. 30, P. 7.) Tampoco puede ser apremiado el marido á declarar contra su mujer, ni al contrario:

Para examinar el juez á los testigos, debe tomar por sí mismo á cada uno su declaracion separadamente, y de manera que ninguno otro le oiga mas que el escribano que debe tener consigo, para que asiente la deposicion con todas las precauciones de la ley (LL. 7, tít. 4, P. 3 y 26, tít. 16, P. 3) y para que el testigo no se altere ni equivoque. Ante todo, debe el juez recibir al testigo, juramento de decir verdad, que prestará segun su clase y estado á presencia de la otra parte, á la que se citará previamente para ello: mas si no quisiere asistir á ver jurar á los testigos de su contrario, no dejará por ello el juez de recibirles el juramento y sus deposiciones, en el concepto de que éstas no valen sin juramento, á menos que ambas partes convengan en relevar de la obligacion de prestarlo á algunos de los testigos, (L. 23, tít. 16, P. 3), á los que se preguntará en seguida su edad, estado, oficio y vecindad, y si les tocan las generales de la ley, es decir, si son parientes, amigos ó enemigos de alguna de las partes; si tienen interés en el pleito, si desean que lo gane alguno de los litigantes, y cuál; si han sido sobornados, corrompidos ó intimidados por alguna de ellas, (LL. 34, tít. 16, P. 3 y 8, tít. 6, lib. 4 de la R.); y aunque el testigo diga que le toca alguna de las generales, no por eso dejará de ser examinado, sino que se le preguntará cuál es,

P. 13.

y si dejará por eso de decir verdad; pero si las partes nada tocan en sus interrogatorios acerca de las generales, no se debe preguntar á los testigos sobre ellas (Febr. de Tap. tom. 4, cap. 10, núm. 48.)

La ley de 29 de Noviembre de 1858, trae en su art. 348 una disposicion sobre la manera con que deben ser examinados los testigos en el juicio civil ordinario, que está en alguna contradiccion con las leyes de Partida citadas al principio de este párrafo, y que será dificultoso llevar á cabo en la práctica.—Dice así:

“Cuando la prueba sea testimonial, las partes al promoverla, designarán cada una el número de testigos que haya de examinarse; y si el total de los designados por los litigantes en el juicio, no escediere de veinte, las declaraciones de todos los testigos, se recibirán en una sola audiencia, bajo juramento á presencia de los mismos interesados; pudiendo éstos y el juez, dirigirles las preguntas convenientes para esclarecer la verdad.”—Y luego en el artículo 349 añade la misma ley:

“Cuando el número total de los testigos designados por las partes, escediere de veinte, las declaraciones se recibirán en secreto, con citacion de las mismas partes, y tendrán éstas el derecho de presentarse á conocerlos, verlos jurar, y tacharlos en el acto si quisieren, ó despues conforme á las leyes vigentes.”

Si algun testigo no supiere la lengua vulgar, se le examina por medio de dos intérpretes juramentados como los testigos; bien que si no hubiere en el lugar mas que un intérprete, ó se convinieren las partes en que sea uno solo, valdrá su dicho. (L. 21, tit. 20, lib. 2, Rec. de Cat., y tit. 29, lib. 2, Rec. de Ind.)

Si los testigos están fuera del lugar del juicio, el juez mandará exhorto correspondiente con insercion del interrogatorio, para que el juez del lugar donde se hallen los examine conforme á la ley. (L. 27, tit. 16, P. 3, y art. 351 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Si el testigo dice que duda ó no se acuerda bien de lo que se le pregunta, ó que tiene que ver algunos papeles y pide término, se le debo conceder éste, (L. 11, tit. 11, P. 3, y su glos. 2); y la parte puede hablarle y traerle á la memoria los hechos, encargarle su conciencia sobre que diga la verdad, y entregarle á este efecto cópia del interrogatorio, (L. 3, tit. 11, lib. 11, Nov. Rec.)

Segun la ley 26, tit. 16, P. 3, los testigos tienen derecho á que las partes les satisfagan las expensas é intereses que pierdan por el tiempo empleado en ir á declarar y regresar á sus casas.

Debe exigirse á los testigos la razon de su dicho, esto es, que digan por donde saben lo que de-

claran: si lo vieron, lo oyeron ó lo creen así; pues en éste último caso, no vale su testimonio, (L. 29, tit. 16, P. 3); en el de oídas es muy débil, y solo podrá servir respecto de cosas antiguas que no puedan saberse ni probarse de otro modo (LL. 28 y 29, tit. y P. cit.), ó en aquellas cosas que consisten en palabras, en las cuales deberá expresar el testigo las circunstancias, tono y gesto con que se dijeron; mas si el testigo es de vista, es valadero su testimonio, y se le debe preguntar por el día, mes, año y lugar en que sucedió el hecho que expresa, y tambien por las demás personas que estaban presentes cuando acaeció; y si el testigo fuese sospechoso ó estuviere vario, implicante ó no diere razon satisfactoria de su dicho, podrá el juez hacerle todas las demás preguntas que estime convenientes para certificarse de la verdad, evitando siempre las sugestivas, claras ó paliadas, como la de dar por sentado el hecho sobre que pregunta ó indicar con sutileza la respuesta al testigo.

Acerca de las declaraciones de los testigos que no sean contestes, se establecen algunas diferencias. Los testigos que no son contestes, se llaman singulares porque sus declaraciones van aisladas. Esta singularidad puede ser de tres maneras: obstativa, cuando las declaraciones de los testigos envuelven contrariedad en el hecho de que se trata,

por ejemplo, cuando uno dice que Pedro fué muerto en el campo, y el otro que en una iglesia, cuya singularidad desvanece la fê de los testigos, de manera que no ha de darse crédito á ninguno de ellos. La singularidad acumulativa ó adminiculativa, tiene lugar cuando los testigos deponen de hechos, que aunque diversos, se ayudan mutuamente para probar el punto en cuestion, como si un testigo dice que vió á Pedro comprar una espada, otro que le vió herir con una espada á Juan, y otro que vió en sus manos una espada ensangrentada: esta singularidad no desvanece, sino que corrobora los dichos de los testigos que pueden hacer plena prueba en las causas civiles, é inducir grave presuncion, aunque no absoluta en las criminales. Se llama por último, diversificativa, cuando los testigos deponen de hechos diversos, que aunque no sean contrarios ni repugnantes entre sí, no se ayudan mutuamente el uno al otro, como si un testigo dice que Diego prestó á Juan cien pesos en tal día y tal parte, y otro dice que le prestó veinte en día y paraje distintos: esta singularidad ni desvanece ni corrobora los dichos de los testigos; los cuales, siendo mayores de toda excepcion harán solo prueba semiplena, cada uno por su parte. (L. 28, tit. 16, P. 3; Elizondo práct. univ. forens. tom. 1, pág. 129, núm. 12.)

Diré algo acerca del número de testigos, que es necesario para hacer prueba plena. Un solo testigo por caracterizado que sea, no hace prueba plena (L. 32, tit. 16, P. 3.) aunque sí presuncion; mas dos que sean contestes en el caso ó hecho de que se trata, en el tiempo, lugar y demás circunstancias, siendo mayores de toda escepcion, es decir, siendo tales que no puedan ser desechados por sus dichos ni personas, hacen plena prueba. (La misma ley) menos en el caso en que la ley exija otro determinado número de testigos, como si se intenta probar haberse pagado una deuda que constaba por escritura pública, pues para esto se necesita otra escritura ó el testimonio de cinco testigos que digan haber sido rogados y llamados para presenciar la paga ó quita de la deuda (L. 32, tit. 16, P. 3.) sobre lo cual es de opinion Gregorio López, que esta prueba especial solo es necesaria cuando las partes no quisieron contraer sino por escrito, lo que en duda no se presume, y que fuera de ese caso, basta la prueba ordinaria; y para probar la falsedad de un instrumento en que se diga que en determinado dia estaba alguno en cierto lugar, hacen prueba cuatro testigos, si el instrumento es público, y dos si es privado (L. 117, tit. 18, P. 3.) Mas aunque el número de testigos que hemos dicho basta en los diversos casos para hacer prueba ple-

na, cada parte puede presentar y se le deben admitir, no doce, como prevenia la ley de Partida, sino hasta treinta, como lo permite la ley 2, tit. 11, lib. 11, de la Novísima Recopilacion, con tal que se presenten dentro del término de prueba.

Si solo una de las partes prueba plenamente con testigos su intencion, es bien claro que el negocio debe sentenciarse á su favor; pero si ambas partes prueban con sus testigos, sus respectivos intentos, deberá el juez sentenciar á favor de aquella cuyos testigos depongan lo mas verosímil, tengan mejor fama, estén mas autorizados y sean mas dignos, aunque sean menos en número. Si fueren iguales los de ambas partes en razon de las circunstancias, de sus personas y dichos porque todos depongan de cosas que era posible sucediesen, deberá el juez sentenciar á favor de aquel que tuviere mayor número de testigos; y si hasta en número fueren iguales, deberá absolver y dar por quito al demandado, segun la ley 40, tit. 16, P. 3, que dá la razon de que los jueces “deben ser aparejados más para quitar al demandado, que para condenarlo.”

Tercera prueba plena.

Los instrumentos públicos y escrituras.

Al tratar esta especie de prueba, es preciso fijar los siguientes puntos:

1º Qué cosa es instrumento ó escritura, y de

cuántas maneras pueden ser estos instrumentos y escrituras.

2.º Considerar en particular las divisiones que se fijen, anotando los requisitos legales de cada especie, y el valor que tienen en juicio.

3.º Examinar el valor que tienen en nuestros tribunales los instrumentos y escrituras que se han otorgado en país extranjero.

Punto primero. Se llama instrumento ó escritura, el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel ó documento con que se justifica ó prueba alguna cosa, la descripción, memoria ó nota de lo que uno ha dispuesto ó ejecutado, ó de lo que ha sido convenido entre dos ó mas personas.

Los instrumentos ó escrituras son de tres maneras: públicos, auténticos y privados.

Se llaman instrumentos públicos, los escritos autorizados por un funcionario público en los negocios correspondientes á su oficio ó empleo. Entre nosotros se llaman propiamente escrituras ó instrumentos públicos, los escritos en que se con-
signa una disposición ó un convenio, otorgados ante escribano público con arreglo á la ley.—Se llaman escrituras ó instrumentos auténticos, los escritos, papeles ó documentos que hacen fé por sí mismos y no requieren ningun otro adminículo pa-

ra su validez.—Son casi semejantes los instrumentos públicos y los auténticos, y solo se diferencian en que los primeros están autorizados por escribano, y los segundos por otras personas que tienen fé pública, como el rey, los arzobispos, obispos, notarios eclesiásticos, etc.—Por último, se llaman escrituras ó instrumentos privados, los escritos hechos por personas particulares sin intervencion de escribano ni de otra persona legalmente autorizada, ó por personas públicas en actos que no son de oficio, para perpetuar la memoria de un hecho ó hacer constar alguna disposición ó convenio.

Punto segundo. Comencemos este punto por tratar primero de las escrituras ó instrumentos públicos, y puesto que ya dijimos que consisten en documentos estendidos y autorizados por un escribano público, nos toca decir ahora, ante todo, cuántas clases hay de escrituras públicas.

Las escrituras públicas autorizadas por los escribanos, tienen tres maneras de ser, que consisten: la primera, cuando del borrador ó minuta pasan al protocolo, registro ó matriz del escribano; la segunda, cuando del protocolo, registro ó matriz pasan á la primera copia que se llama original; y la tercera, cuando dada ya la primera copia, ésta se pierde ó se necesita otra y se saca una nueva

de la matriz. De lo cual se infiere que estas tres divisiones no constituyen otras tantas clases de escrituras públicas, sino que constituyen una sola especie, ó mejor dicho, un solo instrumento público que va recibiendo modificaciones hasta llegar á tener toda su fuerza. Luego propiamente hablando, no hay entre nosotros mas que una especie de instrumentos públicos, pues éstos no varían en cuanto á su fuerza, que es igual siempre, teniendo los requisitos necesarios, sino en cuanto á los contratos á que se refieren.

Sigamos, pues, el curso de esas modificaciones dichas, y examinemos luego los requisitos que se exigen para que un instrumento pueda llamarse propiamente público y haga prueba plena en juicio.

Cuando una, dos ó mas personas quieren llevar á efecto una disposicion ó un convenio que han celebrado, y quieren darle tal fuerza y solemnidad que las deje cumplidamente obligadas, así por obligacion natural como por derecho civil, acuden á un escribano y comienzan por referirle la disposicion, ó el convenio de que se trata. Oido por el escribano el convenio ó disposicion referidos, comienza por formar su bosquejo en un libro de papel comun que se llama, *minutario* ó *bastardelo*; y formado que sea el borrador, lo lee á los intere-

sados, quienes deberán firmarlo. En seguida hecho ya este borrador, se pasará la escritura al libro llamado *procolo*, *registro* ó *matriz*, que debe ser de pliego de papel entero y del sello tercero, y cuyo libro deben llevar los escribanos, bien en un solo volumen foliado para cada año, ó en cuadernos sueltos y foliados que reunirán al fin de cada año, debiendo el escribano poner su signo al fin de este plazo de tiempo, diciendo que durante aquel año no ha autorizado mas escrituras que las que allí se contienen. (L. 6, tit. 23, lib. 10, Nov. Rec.)

Pasada la nota del convenio ó disposicion de la minuta, al registro ó protocolo, saca el escribano una copia de este registro en el papel sellado correspondiente, y á ésta primera copia se dá el nombre de escritura original, y tiene toda la fuerza de un instrumento público, es decir, que hace plena prueba. Puede suceder en seguida que esta primera copia original se extravíe, ó que se necesite nueva constancia del convenio ó disposicion á que se refiere, y entonces con los requisitos legales, se sacará una segunda copia de la matriz que tiene igual fuerza que la primera, haciendo tambien plena prueba en el juicio.

Parece á primera vista que la nota del minotario ó bastardelo, por ser la primitiva y estar firmada

por los interesados, debería tener tanta fuerza ó mas que el protocolo ó matriz y que la primera copia, ó las demás que se sacaren de este último, en el caso en que se notara discordancia entre estos documentos. Sin embargo, el minutario es poco atendido y respetado, porque como es el borrador del contrato, digamos así, contiene por lo general muchas enmiendas y correcciones sin que se procure salvarlas, y puede ser corrompido fácilmente por cualquier malintencionado, por no estar custodiado como corresponde; pero siempre que se presente entero, perfecto y con limpieza, parece no debe dudarse en preferirlo al protocolo, á no ser que conste haberse leído á las partes y aprobado por ellas la escritura estendida en el protocolo (Covarrub, cuest. 19, núm. 1.) Cuando fallece el escribano sin haber estendido en el protocolo la escritura del minutario, puede el interesado pedir al juez que la declare legítima, y la mande protocolizar, despues de haber acreditado su legalidad segun el acto que contiene.

Es de observarse aquí que en la práctica de hoy no se acostumbra que las partes firmen el minutario, sino que las mas veces se reservan para hacerlo en el protocolo.

En cuanto á la fuerza que tiene en juicio el protocolo ó matriz, es preciso observar que hace plena

prueba en el efecto para que se introdujo, de manera que en caso de discordancia con las copias que se saquen de él, se debe estar á lo que diga el protocolo, pero presentado solo en juicio no la hará, porque no se estableció para esto, y porque carece del signo del escribano; cuyo signo como ya dijimos, no lo pone el escribano en cada matriz de contrato, sino cada año al fin del libro, y la escritura es preciso que lo tenga por sí para que presentada haga prueba plena.

En cuanto á la copia primera llamada original, ó á las demás que se saquen, hacen plena prueba si tienen los requisitos legales, que son los siguientes:

1.º Que las personas otorgantes tengan capacidad para el otorgamiento, así por razon de su edad como por la de su sano juicio y de su estado natural ó civil; y que el objeto sobre que recae sea lícito y honesto. La razon de esto, es que recayendo las escrituras sobre contratos, no tendrán lugar respecto de aquellas personas que no puedan contratar ó sobre cosas prohibidas.

2.º Que el escribano sea competente y capaz, es decir, que sea de los autorizados legalmente para esta clase de actos. En los lugares donde no hay escribanos, se hacen las escrituras de contratos ó las disposiciones solemnes ante el juez del lugar que actua por receptoría y dos testigos de asisten-

cia. No es capaz el escribano que ha sufrido sentencia, de excomunion ó suspension de su oficio, mas los instrumentos que estendiere durante la causa y antes de la sentencia, se tienden por públicos (L. 177 del Estilo; Greg. Lopez glos. 6 y 7 de la ley 16, tit. 19 P. 3). Los instrumentos que estienda un escribano incompetente ó incapaz, podrán valer solo como escrituras privadas (L. 7, tit. 23 lib. 10 Nov. Rec). Si alguno no teniendo los requisitos legales para ser escribano, consigue con engaño un nombramiento de tal, ó siéndolo ya está suspenso por alguna sentencia, y ejerce actos de escribano, estendiendo instrumentos, se pregunta: ¿estos instrumentos tendrán fuerza de escrituras públicas? Nos induce á dar una respuesta afirmativa la ley 115, tit. 18, P. 3, en la cual se establece que debe ser creida en juicio la carta pública hecha por el que *“era escribano público, ó que en el lugar do fué hecha, estaba por escribano público, ó era fama entre los homes de aquel lugar que lo era et usaba de aquel menester.”* El error público y comun, confirma en efecto por razon del interés de la sociedad los actos hechos en virtud de poderes ilegales malamente conferidos por el gobierno. Todo escribano se considera incompetente para autorizar instrumentos de disposiciones testamentarias ó entre vivos, otorgadas á

favor suyo ó de su mujer, padre, madre, hijo, hermano, yerno suegro y demás parientes hasta el cuarto grado; porque siendo los escribanos “como testigos públicos en los pleitos et en las posturas que los homes facen entre sí” segun espresion de la ley 3 tit. 19, P. 3, no deben ni pueden asistir con este carácter a los actos ó negocios en que tengan ó puedan tener interés. Pero bien pueden autorizar documentos que contengan obligacion contra sí mismos, ó contra los espresados parientes, y otorgar su testamento por sí y ante sí, y sustituir los poderes que se les confieran, sin necesidad de otro escribano: pues en estos actos pueden usar sin inconveniente de sospecha, de las dos calidades de persona pública y privada.

3.º Que concurran al otorgamiento de la escritura, cuando menos dos testigos idóneos y los mas que en determinados casos fijan las leyes, espresándose sus nombres y apellidos precisamente, y la vecindad por si fuere necesario buscarlos luego, aunque esta última circunstancia no es indispensable. (L. 2, tit. 23, lib. 10, Nov. Rec.) Los testigos han de ser varones sin tacha legal y mayores de catorce años (L. 9, tit. 16, P. 3.) Aunque es conveniente que los testigos firmen la escritura, no es del todo necesario segun el contesto de la ley 111, tit. 18 P. 3,

4.º Que el escribano conozca personalmente á los otorgantes y dé fé de ello al fin de la escritura; y no conociéndolos haga que los mismos otorgantes le presenten dos testigos que con juramento aseguren que los conocen, y firmen el instrumento, en cuyo caso dará fé de que conoce á dichos testigos y expresará sus nombres y vecindad. (L. 54, tít. 18, P. 3, y L. 2, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.) Esta disposición, que tiene por objeto evitar fraudes y perjuicios, no está dada bajo nulidad del instrumento, y ni aun prescribe pena contra el escribano contraventor; pero éste saldrá responsable si nó de los perjuicios que resulten á los contrayentes, puesto que cuando contrataban debe suponerse que se conocían, si de los que resulten á un tercero cuyo nombre se hubiere usurpado en el contrato. Así es que cuando el escribano no conozca á alguno de los contrayentes lo debe expresar así.

5.º Que lo convenido ó otorgado se redacte y escriba con letras, palabras y cláusulas claras é inequívocas, de manera que se comprenda perfectamente la voluntad de los interesados, pues de lo contrario puede ser desechada en juicio la escritura. (L. 111, tít. 18, P. 3 y l. 1, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.)

6.º Que se expresen el día, el mes, el año y el lugar en que se hace el otorgamiento, como así-

mismo los nombres, apellidos y vecindad de los otorgantes y de los testigos; que no se pongan los nombres de personas y pueblos con solo sus iniciales, ni se use de otras abreviaturas ó cifras que puedan producir en causas sustanciales oscuridad, equivocaciones y contiendas; y que se designen con letras y no con números ó guarismos las cantidades y las fechas: bajo pena de nulidad del instrumento y de responsabilidad del escribano por los daños y perjuicios que de su falta resultaren á los interesados. (L. 3, tít. 9, lib. 2 del Fuero Real; leyes 54, 111 y 114, tít. 18 y leyes 7 y 12, tít. 19, P. 3; leyes 1 y 2, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.)

7.º Que hecho el escrito, se lea por el escribano á los otorgantes y testigos, y conformándose aquellos con su redacción, lo firmen con sus nombres y apellidos; “y si no supieren firmar los dichos otorgantes, firmen por ellos cualquiera de los testigos *ú otro que sepa escribir*,” haciendo mención el escribano al fin, “de cómo el testigo firmó por la parte que no sabia escribir.” (L. 1, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.) Algunos autores asientan, que quien debe firmar en vez de la parte que no sabe escribir deberá ser precisamente uno de los testigos instrumentales. Pero la ley citada dice que en tal caso firme cualquiera de los testigos *ú otro que sepa escribir*. Si alguno de los otorgantes sabe escri-

bir, pero está imposibilitado de hacerlo, bastará en la práctica que firme otra persona, y que lo espese así el escribano. Si los otorgantes son muchos y dos ó mas no saben escribir, basta que firme una persona por todos, segun Febrero.

8.º Que se escriba el documento con limpieza, sin blanco, raspadura, testadura ó tacho, entrerenglonado ni enmienda, especialmente en parte sustancial como cantidades, plazo, fechas, lugar del otorgamiento, etc.; y en caso de hacerse alguna enmienda ó adición al tiempo de leerse el escrito á las partes, la salve al fin de él y antes de las firmas el escribano, de modo que se evite toda sospecha de fraude. (L. 111, tít. 18, P. 3; L. 12, tít. 19, P. 3; L. 1, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.) La ley 111, tít. 18 P. 3, citada, dice, sin embargo, que “si la raedura, fué fecha ó camiaada ó dejada (en parte esencial) *por yerro del escribano*, ó fuere en otro lugar de la carta que non se camie por hi la razon (es decir, que no mude su contesto), ó que non deba dubdar en ella el judgador, ó otro home sábio que fuese fecho á mala parte, dezimos que non debe (la carta) ser desechada por ende”—Si por el modo con que en la escritura matriz están hechas las alteraciones no se puede descubrir ni colegir el tenor de lo raspado ó testado, deberá el escribano satisfacer á la parte interesada los daños y perjui-

cios por haber faltado á sus deberes. Si pudiere además probarse en juicio que las testaduras ó raeduras de una escritura fueron hechas por la fuerza, se tendrá por válida. Precisamente para evitar las variaciones y correcciones en el protocolo de los escribanos, se inventó el minutario ó bastardelo.

9.º Que despues de haber estendido el instrumento y salvado las enmiendas y firmádolo las partes, lo autorice el escribano con su signo y firma, y lo ponga y guarde en el protocolo, no pudiendo dar á los interesados copia signada del instrumento sin que preceda esta diligencia, bajo las penas de nulidad de la copia, pérdida del oficio, inhabilidad para obtener otro, y obligacion de pagar á la parte los daños y perjuicios. (L. 54, tít. 18, P. 3; L. 3, tít. 8, lib. 1 del Fuero Real; leyes 1 y 6, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.) Ya dije antes que la circunstancia exigida por la ley al escribano de que ponga su signo en cada escritura del protocolo, está derogada en la práctica, pues se acostumbra que cada año ponga el escribano en su registro, el signo correspondiente diciendo que aquellas escrituras contenidas en su libro, son las otorgadas en dicho periodo de tiempo.

10. Que así la escritura matriz como la copia original que de ella se diere, esté estendida en el

idioma vulgar del punto ó ciudad en que se otorgare, aunque los contrayentes sean extranjeros y el escribano los entienda, pues deben evitarse las interpretaciones arbitrarias. Creemos sin embargo, que no sería nula entre nosotros la escritura que no contuviese este requisito, con tal que constase en ella claramente la obligación, y que por supuesto el escribano y los otorgantes entendiesen el idioma en que estaba puesta, pues este requisito no está fundado en ley terminante; y mas cuando ahora se admiten en juicio, como veremos despues las escrituras otorgadas en países extranjeros.

11. Que la escritura se estienda en papel sellado, esto es, la matriz en el sello tercero, y la copia en el sello que corresponda segun el contrato. (Art. 8 de la l. de 6 de Octubre de 1823, ley de 30 de Abril de 1842.)

Estos son los requisitos esenciales que debe tener una escritura pública; pero se exige además para que haga plena prueba la escritura original ó primera copia del protocolo, que el escribano anote la saca ó extracción al pié ó al márgen de la matriz, ó registro; que ponga en la copia dicha la advertencia de que se ha de tomar razon en el oficio de hipotecas cuando fuere de la clase de aquellas que exigen esta circunstancia, y que dé fe en ella de haber asistido al otorgamiento. En la primera

copia deberá ponerse, no la fecha de la matriz, sino la del dia en que se saca esta copia, pues desde entonces comienza á correr el término para la toma de razon de los instrumentos que la requieren en el oficio de hipotecas. (Cédula de 12 de Mayo de 1824, art. 49.) Tiene obligación el escribano de dar á la parte interesada la escritura original dentro de tres dias, contados desde el en que se la pidiere, si no pasa de dos pliegos, y dentro de ocho si pasare de los dos: y si la escritura se debe dar á las dos partes, la dará á la que la pidiere, aunque la otra no la pida. (LL. 3 y 5, tít. 23, lib. 10, Nov. Rec.) Pero el escribano no puede dar varias copias de los instrumentos que otorga si la escritura pudiera causar perjuicio á los interesados, pues entonces solo lo hará por mandato del juez, y previa citación de la contraria: y si la escritura es de aquellas que no causan perjuicio á los interesados, por ejemplo, siendo de poder, donacion, cesion y otras, podrá dar cuantas le pidan. (L. 5, tít. 23, lib. 10, Nov.; Acevedo en la ley 17; Covar., Práct. quest. 21, n. 3.)

Examinada ya la naturaleza y requisitos del instrumento solemne ó escritura pública otorgada ante escribano, pasemos á tratar de los instrumentos auténticos, cuyo exámen entra tambien en este punto segundo que nos ocupa.

Dije antes que instrumento auténtico es todo escrito que hace fé por sí mismo y no requiere ningun otro adminículo para su validez.

Los instrumentos auténticos son los siguientes:

1.º Las cartas ó documentos corroborados con sello de rey, príncipe, arzobispo, obispo, cabildo, consejo, abad bendito, maestro de órdenes militares, duque, conde, marqués, rico-hombre ú otra persona ó corporacion constituida en dignidad con privilegio de sello, conforme á las leyes 1 y 114, tít. 18, P. 3.

2.º Los documentos espedidos ó hechos por algun oficial ó funcionario en las cosas pertenecientes al oficio que ejerce con autoridad pública.

3.º Las escrituras, papeles, documentos, libros de actas, de estatutos, de matrículas y registros ó catastros de bienes que se conservan en los archivos públicos; y las copias que de ellos sacan y autorizan los archiveros por mandato del rey, juez ó persona que tenga autoridad para ello.

4.º Los documentos que están comprobados ó corroborados por la autoridad de muchas personas ó por la observancia de largo tiempo, ó por la costumbre del lugar.

5.º Las partidas de bautismo, casamiento, entierro y demás certificaciones dadas por los párrocos conforme á los asientos que constan en los libros parroquiales.

Preciso es tener muy presente en esta materia, que aunque los instrumentos, tanto públicos como auténticos, hacen plena fe, debe advertirse que ésta solo la tienen en cuanto al acto principal á que se refieren, y que es el que hace constar el escribano ó funcionario público; mas no hacen plena fé en las demás circunstancias que las partes pueden agregar, que se ponen por sola su relacion, y que no constan de ordinario al escribano ó funcionario que autoriza: por ejemplo, en un testamento hace plena fe la parte que contiene la última voluntad del difunto, la institucion de heredero, señalamiento de legados, etc.; pero si hay una cláusula en que el testador declara que llevó á su matrimonio tales bienes, el cónyuge sobreviviente puede no dar esto por probado, y entonces aquellos á quienes interese, darán la prueba conveniente, sin que solo el testamento basta para decidir ese punto, aunque hará gran presuncion. Si en una fe de bautismo se asegura que Pedro fué bautizado tal día, y que era hijo legítimo de legítimo matrimonio, para probar que fué bautizado tal día, hace plena fé la certificacion del párroco; mas para probar que era legítimo y de legítimo matrimonio, si sobre esto hubiere pleito, no basta esa fe de bautismo, sino que será preciso presentar la fé de matrimonio de los padres, espedida por el párroco de la parroquia donde se haya

celebrado el matrimonio. (Lacunza, notas al Sala, pág. 27.)

Pasemos ya al exámen de los instrumentos privados.

Dije antes que instrumento privado es el que está hecho por personas particulares sin intervencion de escribano ni de otra persona legalmente autorizada ó por personas públicas en actos que no son de oficio, para perpetuar la memoria de un hecho, ó hacer constar un convenio.

Los instrumentos privados se reducen á tres especies: *quirógrafos* ó manuscritos, *papeles domésticos*, como libros de cuentas y de inventarios, y *cartas misivas*.

Quirógrafo es todo escrito privado, estendido ó firmado de mano de cualquiera persona. El quirógrafo se divide en *ápoca*, que entre nosotros es lo que se llama recibo, si es de suma parcial, ó finiquito si es final de cuenta; en *antápoca*, que es la nota que dá el deudor á su acreedor, manifestándole lo que le ha pagado por censo, rédito, etc., y que solo sirve para evitar las asechanzas de la prescripcion; en *síngrafa*, que equivale á la nota privada de un contrato, y firmada por los contratantes; en *vale ó pagaré*, que es un documento que representa un valor contra alguna persona; y libranza ó letra de cambio, que es otra especie de vale muy usado entre comerciantes.

Entre los papeles domésticos se enumeran el *libro de cuentas*, que es un escrito en que uno sienta lo que dá y lo que recibe, y *libro de inventarios*, que es el escrito en que uno sienta los bienes que le pertenecen ó que tiene á su cuidado. Por *carta misiva* se entiende un escrito que uno dirige á otro, comunicándole sus ideas, propuestas ó resoluciones sobre algun asunto.

En cuanto á la fuerza que estos instrumentos privados tienen en juicio, es de advertir que cualquiera de ellos, bien sea obligatorio, como un vale, pagaré, conocimiento ú otro papel en que uno se obligue á dar ó devolver, ó hacer alguna cosa, ya sea liberatorio como una ápoca, carta de pago, finiquito ú otro escrito en que uno manifieste quedar satisfecho de la deuda ú obligacion á su favor contraida, produce prueba plena contra el que lo hizo ó mandó hacer y sus herederos, del mismo modo que el instrumento público y el auténtico, en los casos siguientes:

- 1.º Si su autor, esto es, el que lo hizo ó mandó hacer, lo reconoce como suyo ante el juez ó en escritura pública.
- 2.º Si negándose su autor al reconocimiento y desafiándole juramento la parte contraria, no lo quiere prestar ni tampoco deferírselo á la misma.
- 3.º Si habiendo muerto su autor ó negando ser

suyo, lo aseguran de ciencia cierta dos testigos de competente edad, contestes y sin tacha, que declaren en juicio contradictorio y bajo juramento haberlo visto hacer por el mismo autor ó por otro de su órden; á no ser que el asunto sobre que versa el instrumento es ya para su prueba mayor número de testigos.

(LL. 114 y 119, tít. 18, P. 3.)

4.º Si la parte contra quien se presenta no le redarguye de falso ni opond defecto que destruya su legitimidad, aunque espresamente no lo reconozca ni se compruebe con testigos, porque se presume que lo confiesa en opinion de Febrero.

5.º Cuando se mande hacer el reconocimiento de firma de algun documento de los referidos y se rehusa el demandado á hacerlo, pues requerido tres veces por el juez en el acto de la diligencia, se le tendrá por confeso. (Art. 352 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Y resumiendo estos principios resulta: que cuando un instrumento privado es reconocido en juicio, espresa ó tácitamente, ó por pruebas, por aquella parte en cuyo perjuicio se presenta en el pleito, dicho instrumento tendrá fuerza de público y hará prueba plena.

Con respecto á los libros de cuentas, está mandado que hagan fé en juicio en lo que esté en contra del dueño de ellos (Ord. de Bilb. Cap. 9, lib.

11); y lo mismo debe decirse de los inventarios. (L. 121, tít. 18, P. 3.)

Pasemos ya al punto tercero de esta tercera prueba plena sobre instrumentos públicos y escrituras.

Punto 3.º—Nos toca en este punto tratar una materia poco ventilada en el foro mejicano, á saber: ¿qué valor tienen en nuestros tribunales las escrituras ó instrumentos públicos otorgados en países extranjeros?

Es de observar ante todo, que durante el gobierno colonial estuvo prohibida toda comunicacion con extranjeros, como se infiere del contesto de la ley 44, tít. 32, lib. 2 de la R. de Indias, y de otras varias que seria escusado citar. En virtud de estas leyes, ninguna fuerza tenian entre nosotros los instrumentos otorgados en país extranjero. Mas cuando Méjico se hizo independiente y se elevó al rango de nacion, quiso seguir el ejemplo de las demás naciones civilizadas, recibiendo en su seno á todos los extranjeros que vinieran á buscar asilo á nuestras playas, y á aumentar nuestro comercio y adelantos científicos. En obsequio de las garantías de estos extranjeros, y de la justicia universal, se acostumbrió desde entonces en la práctica del foro, conceder valor legal á los instrumentos otorgados en país extranjero; y aunque al-

gunos han querido impugnarla, por no tener apoyo en ninguna disposicion de nuestras antiguas leyes, aun ésta ligera duda quedó disipada por la ley sobre estranjería dada en tiempo del general Santa-Anna, y en la que se establece que los contratos y demás actos públicos notariados en país extranjero, surtirán sus efectos ante los tribunales de la República, siempre que a mas de lo lícito de la materia de ellos y de la aptitud y capacidad de los contrayentes para obligarse segun las leyes del país en que aquellos se celebren, tengan los siguientes requisitos: 1.º Que el contrato no esté prohibido, ni aun en cuanto á sus formas adicionales, por las leyes de la República. 2.º Que en el otorgamiento se hayan observado tambien las fórmulas del país en que hubieren pasado. 3.º Que cuando sobre ellos haya constituida hipoteca de bienes estables en la República, el registro de ley, propio del lugar donde se hallen las fincas, se haya hecho dentro de cuatro meses, respecto de contratos celebrados en los Estados de Europa, de seis en los de Asia, y para la América otros seis, escepto en los Estados-Unidos y los de la América-Central, que será el de tres meses; y 4.º Que en el país del otorgamiento se conceda igual fuerza y validez á los actos y contratos celebrados en el territorio de la República. (Ley de estranje-

ría de 30 de Enero de 1854, art. 21, coleccion de Navarro, tomo de Enero á Mayo de 1854.)

En virtud de esta disposicion, ya no cabe duda en que los instrumentos otorgados en país extranjero pueden presentarse en nuestros tribunales, y que harán prueba plena si salvan los requisitos indicados.

Preciso es, sin embargo, entrar en algunas aclaraciones sobre esta importantísima materia, y resolver tres puntos que desde luego se presentan: 1.º —¿La generalidad de los Estados modernos admite en sus tribunales la reciprocidad sobre presentacion de escrituras ó instrumentos otorgados en países extranjeros? 2.º —¿Qué requisitos generales se exigen para la validez de estos instrumentos? 3.º —¿Quiénes están encargados de la fé pública para hacer auténticos estos instrumentos en los diversos Estados modernos del globo?

Comenzaré por resolver afirmativamente el primer punto. Las leyes de los Estados modernos están de acuerdo en recibir ante sus tribunales la prueba literal de otros países. Es un principio de derecho natural que lo que es justo en un lugar, lo sea en todas partes, principalmente en materias que versan sobre la moral intrínseca del hombre; pero no sucede así con las formalidades del derecho civil, que varían en cada pueblo segun

los diversos usos y costumbres. El entendimiento humano, sin embargo, convencido de que el hombre encuentra mas elementos de bienestar y felicidad conforme amplía mas sus relaciones con sus semejantes, y que de la misma manera las naciones se engrandecen á proporcion que se unen con amistosos lazos á otras naciones, ya que no ha podido uniformar las reglas del derecho civil entre los varios pueblos del globo, así como son uniformes las del derecho natural, dió, sí, un paso gigantesco en bien de la justicia universal, y los compromisos solemnes que el hombre contrae en cualquier punto de la tierra, y el fallo de todos los tribunales del mundo, tienen ya un cumplimiento infalible desde que el derecho internacional moderno ha proclamado este gran principio: "Es de derecho de gentes que lo que sea auténtico en un país, se tenga por auténtico en todas las naciones."

Y en efecto, las legislaciones de los Estados modernos se han apresurado á fijar este principio en sus códigos, estableciendo una reciprocidad absoluta en cuanto á este punto. Ya hemos visto que la legislación mejicana no se quedó atrás en este glorioso triunfo, y vimos tambien los requisitos que exige para dar valor en sus tribunales á los instrumentos otorgados en países extranjeros. La Francia pagó tambien tributo á este principio segun el

testo de su código civil, en los artículos 47, 170 y 999; lo mismo establece el Austria en su código de procedimientos, artículos 111 y 112; el código de procedimientos civiles de Baden está asimismo de acuerdo en su § 440; el artículo 1418 del código civil Sardo establece la misma doctrina de reciprocidad, y lo mismo el de Baviera, segun se ve en M. de Puttlingen, § 124, p. 140.

En cuanto á los requisitos generales que exigen los Estados modernos para la admision en sus tribunales de los instrumentos otorgados en países extranjeros, se reducen á dos, á saber: que el que produzca el instrumento, justifique que se formó efectivamente en el país extranjero, y que dicho instrumento esté hecho conforme á las leyes del país en que se espidió.

Para demostrar ante los tribunales que un instrumento se ha formado en el país á que él se refiere, cuando se trata de una escritura espedita por el ministerio de una autoridad pública, se echa mano de la legalizacion. La firma, la calidad y el lugar de residencia del funcionario público que ha estendido el acta, ó que ha certificado su copia, se hacen constar sucesivamente por la declaracion de otro ó de otros funcionarios del mismo país, y en último caso, por la del funcionario á quien dé fé el gobierno en cuyos tribunales se presente el do-

cumento, es decir, por uno de sus enviados diplomáticos.

En cuanto á los instrumentos privados que se otorgaron en el extranjero, no tendrán fuerza en nuestros tribunales sino reconociéndose judicialmente las firmas por los interesados.

El segundo requisito exigido á los instrumentos públicos otorgados en el extranjero para que se admitan en los tribunales de los demás países, sobre que dichos instrumentos estén conformes con las leyes correspondientes á los lugares en que fueron otorgados, se puede demostrar presentando las leyes respectivas de cada nacion sobre la materia.

Queda, pues, sentado que cuando en los tribunales mejicanos se presenten escrituras ó documentos expedidos en otras naciones ó países, se admitirán como pruebas cuando llenen los dos requisitos generales que se exigen para la reciprocidad de las naciones, y cuando cumplan además con los otros requisitos particulares que han establecido nuestras leyes, y que dejo fijados al principio.

Pudiera notarse aquí un vacío, sin embargo, cuando se nos preguntara ¿cómo podremos saber para nuestro gobierno en la direccion de los juicios que se nos encomienden, qué personas ó funcionarios están encargadas en los Estados modernos de prestar fé pública á los instrumentos que en

ellos se otorguen, haciéndolos auténticos? Porque en esta materia, cada país tiene sus encargados especiales, que aunque en la esencia son los mismos, varían sin embargo en cuanto á los nombres y objetos. En tal virtud, no creo fuera del caso hacer una ligera reseña de estos funcionarios.

Se nota gran diferencia entre las leyes de los diversos países con respecto á las personas encargadas de autorizar los actos que hacen fé pública, y con respecto á la estension de esta fé.

La institucion de los ministros públicos investidos de la facultad de autorizar los contratos, testamentos y otros actos, existia ya en Roma, y ha sido consagrada despues por el derecho canónico, por las leyes de los Lombardos, las capitulares, la legislacion del imperio germánico, y las ordenanzas de los reyes de Francia. (M. Gagneraux, investigaciones históricas sobre el notariado, en el comentario de la ley de 25 ventoso.)

En Francia los actos auténticos entre particulares se reciben por los notarios, y la fé de estos actos no puede ser suspendida sino en caso de acusacion ó falsedad. (L. de 16 de Marzo de 1803, art. 1, y art. 1319 del Cód. civ.) Lo mismo se observa en Bélgica y en los Países-Bajos, donde está en vigor la ley de Francia citada.

En Prusia los actos auténticos tienen lugar
p. 15.

ante los miembros de los tribunales, por lo general. (Cód. de proc. civ., part. 2, tit. 1.) Sin embargo, pueden ser recibidos ante los comisarios de justicia, ó ante los notarios; los actos siguientes: los contratos de las personas que no saben escribir, ó que ignoran la lengua del país, los reconocimientos de deudas, los arrendamientos de propiedades rurales, los esponsales, los contratos de matrimonio, y los demás actos destinados á hacer fé y prueba en juicio. (Cód. de proced. civ., part. 2.^a, tit. 1. § 10; part. 1, tit. 10, § 130.)

En *Austria* las atribuciones de los notarios se limitan á los protestos de letras de cambio, y los demás actos de la vida civil se reciben por los jueces ó otros funcionarios agregados á los tribunales, y hacen plena fé en juicio. (Cód. de proced. civ., part. 1, tit. 10, §§ 126, 131, 391 y sig.)

En *Baviera* los notarios tienen derecho de redactar los actos todos de la vida civil, á escepción de los contratos relativos á la propiedad raíz; y sus actos hacen fé, salvo prueba contraria. (Cód. de proced. civ., ch. 2, § 6; ch. 11 § 2; rescrip. real de 9 de Mayo de 1813.)

En el reino de *Wurtemberg* los notarios están encargados de autorizar todos los actos de la vida civil. (Edicto de 29 de Agosto de 1819, § 8, núms. 1 al 7; Ordenanza de 24 de Mayo de 1826, § 2.)

En el reino de *Sajonia* los actos notariados y firmados por las partes, ocupan el mismo rango que los documentos privados, y solo se hacen auténticos por la confirmación judicial. En algunos casos, sin comprenderse en ellos el poder, la ley exige la confirmación; en otros las partes pueden ó nó pedirla. (Curtius, tit. III, §§ 1248 á 1255; M. Laessig, p. 204.)

En el gran ducado de *Baden* los funcionarios agregados á los tribunales de primera instancia (*baillages*), que llevan el nombre de *revisadores del baillage* (*Amotorevisorem*), ejercen bajo la vigilancia de los tribunales las funciones de notarios, y los actos autorizados por ellos, hacen fé, segun los términos del art. 1319 del Código civil, y de los arts. 434 y 438 del Cód. de procedimientos civiles.

En los países alemanes regidos por el derecho común, los notarios autorizan los actos de la vida civil, ó dan solemnidad á las firmas de las partes; y ambos instrumentos hacen fé plena salvo prueba contraria, segun la ley del imperio relativa á notarios y dada por la dieta de Colonia en 1512 (Muller Promtuar, juria, v.º *Notarius*)

En el reino de las dos *Sicilias* y en los Estados Pontificios, los notarios tienen las mismas atribuciones que en Francia, y sus actos tienen fé

pública y fuerza ejecutiva. (Art. 1271, 1273 y 2,013 del Código civil de las Sicilias; reglamento de 834, §§ 1,412 y sigui.)

Lo mismo sucede en el *gran ducado de Toscana*. (Repertorio del derecho toscano, v.º *Archivo dei contratti*, v.º *Escentione reale e personale in materie civile*, y v.º *Notariato di rogito*.)

En España, Méjico y Portugal, los actos de la vida civil se autorizan por los escribanos, que equivalen á los notarios en Francia. (Sala, lib. 3, tít. 4, núms. 1 y 7, citando el tít. 19, lib. 2 de la R.; Mello-Freire, lib. 4, tít. 18 §§ 2 y sigu.) En Méjico, en los lugares donde no hay escribano, los jueces que actúan por receptoría, otorgan los actos de la vida civil, y tienen éstos fuerza de escritura pública. (Art. 578 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

En *Rusia* los actos auténticos sobre inmuebles, se autorizan en la *oficina de libros de rentas* por un escribano unido á un inspector. Existen tambien notarios públicos y tabeliones. Los notarios están encargados de dar autenticidad á los préstamos, á toda clase de convenios que no sean de inmuebles, á certificar los préstamos no pagados á su vencimiento, y á redactar los protestos. Los notarios de la bolsa de San Petersburgo están especialmente encargados de autentizar los actos habidos

entre extranjeros y súbditos rusos, y traducir en lengua rusa los poderes y otros instrumentos que llegan del extranjero con destino á ser presentados en los tribunales del imperio. Los tabeliones por lo comun autorizan los mismos actos que los notarios escepto los designados espresamente por la ley. A falta de notarios ó tabeliones en un lugar, el ejercicio de sus funciones toca al tribunal municipal; á falta de éste á la corte oral, y á falta de ésta, las mismas funciones en materia de préstamo, están confiadas á un empleado de la aduana. Todos los actos que así se verifiquen serán previo el pago de tasación, trascritos á un libro destinado á esto; y el acto así registrado es auténtico y ejecutorio. (Cód. civ., arts. 431, 496, 503, 504, 495, 536, 538 y 539.)

En *Inglaterra* hay tambien notarios encargados de autorizar los actos, (Tomlins, *Law Dictionary*, v.º *Notary*); y lo mismo en los *Estados- Unidos*. (Kent., tom. 3, pág. 93.)

Está generalmente admitido que los *cónsules* extranjeros tienen derecho de autorizar los convenios de los súbditos de sus gobiernos, y sus actos son considerados como auténticos. Cuyo derecho está consagrado testualmente en *Francia* (art. 48 del código civil); en *Inglaterra* (Stat 6, Jorge IV de 1826, cap. 20 y 87); en *Austria* (Arancel de 4 de

Mayo de 1824, art. 18 y sig.); en *Prusia* (Instrucción de 18 de Setiembre de 1796, art. 8) en los *Países-Bajos* (Reglamento de 3 de Abril de 1818, art. 10); en *Portugal* (Instrucción de 9 de Octubre de 1789, art. 11); en *Serdeña* (Cód. civ., arts. 798, 799, 2182 y 2188); en *Dinamarca* (Instrucción real de 9 de Octubre de 1824, art. 13); en *Rusia* (Reglamento de 23 de Octubre de 1820, art. 9 y 12); en *Grecia* (Instrucción del 1 al 13 de Enero de 1834, art. 2); en los *Estados-Unidos* (Instrucción general de 2 de Marzo de 1833); en *Méjico* (L. de 28 de Octubre de 1853, art. 7); en el *Brasil* (Decreto de la regencia de 14 de Abril de 1834, arts. 23 y 79.)

(Foelix, Derecho internacional privado, lib. 2, tit. 3, cap. 1.)

Hecha esta ligera reseña de los ministros de la fé pública de las diversas naciones modernas, fácil será que el abogado pueda, en vista de estos datos, calcular el valor de los instrumentos, otorgados en países extranjeros que se presenten ante los tribunales de Méjico, teniendo además presente que los instrumentos que vengan del extranjero para ser presentados en Méjico, deberán estar legalizados por nuestros ministros, cónsules ó enviados que representen á nuestra República cerca de la nación en que aquellos instrumentos se otorguen, y cuyas

firmas serán reconocidas, en Méjico por el oficial mayor del ministerio de relaciones, segun lo mandado en la ley de 28 de Octubre de 1853, citada antes.

Antes de concluir esta materia, es de necesidad señalar aquí los requisitos que segun la ley citada de 28 de Octubre de 1853, deberán tener los instrumentos otorgados en la República mejicana para que puedan hacer fé en el extranjero. Dicha ley dispone que tales instrumentos si fueren autorizados por algunos de los secretarios del despacho, ministro de la corte de justicia, ó por los gobernadores de los Departamentos, la firma será legalizada por el oficial mayor de la secretaría de relaciones. Si el documento fuere autorizado por alguna de las secretarías de la corte, por cualesquiera otros tribunales de la nación, ó por alguno de los empleados del orden judicial del Distrito de Méjico, su firma será comprobada por el ministro semanero de la corte suprema; pero si la expedición del documento se hiciere por un funcionario, oficina ó empleado del orden gubernativo del Distrito, su firma será comprobada por el gobernador del mismo, y tanto la de éste como la del ministro semanero, serán legalizadas por el oficial mayor de la secretaría de relaciones. Para que los documentos otorgados en los Departamentos ten-

gan fuera de la República y en el Distrito federal la fé que les concede el derecho, bastará que la firma que los autoriza sea comprobada por el gobernador, y la de éste legalizada por el oficial mayor de la secretaría de relaciones. La firma del oficial mayor de esta secretaría, será refrendada por el agente diplomático ó consular de la República, residente en el lugar ó distrito de la nacion donde deba presentarse el documento; y si allí no lo hubiere, por el mas inmediato. (Ley citada de 28 de Octubre de 1853, arts. 2, 3 y 4: Coleccion de Navarro, tomo de Agosto á Diciembre de 1853, página 232.)

Acercá de la legalizacion de los instrumentos que se otorgan en unos Estados de la República mejicana y que deben presentarse en otros de la misma, ya hemos visto que se exige generalmente la firma del gobernador respectivo, y cuya firma será refrendada por el oficial mayor de la secretaría de relaciones. En cuanto á la práctica sobre ciertos instrumentos, como los poderes por ejemplo, su legalizacion se verifica por medio de las firmas de tres escribanos del lugar donde se otorgó: si no hay tres, bastarán dos; si no hay dos, firmará uno y el juez de primera instancia ó el alcalde del lugar; y si no hay ninguno, bastará la

firma del juez que actúa por receptoría, con las de sus dos testigos correspondientes.

Esta cuestion sobre validez en nuestros tribunales de los instrumentos otorgados en país extranjero, nos conduce necesariamente á esta otra: ¿Pueden citarse en nuestros tribunales las leyes de los códigos extranjeros?

La ley 15, tít. 14, P. 3, ya citada, se encarga de resolver el punto, pues dice lo siguiente: "El si por aventura alegase ley ó fuero de otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non haya fuerza de prueba; fueras ende en contiendas que fuesen entre homes de aquella tierra, sobre pleito ó postura que oviesse n fecho en ella, ó en razon de alguna cosa mueble ó raíz de aquel lugar. Ca estonce, maguer estos estraños contendiessen sobre aquellas cosas antel juez de nuestro Señorío, bien pueden recibir la prueba, ó la ley ó el fuero de aquella tierra, que alegaren antel, é deve-se por ella averiguar, é deliberar el pleito."

De aquí se deduce: 1.º, que en general, las leyes estrañeras alegadas para probar en juicio en nuestros tribunales, no tienen valor alguno, y que el juez debe desecharlas por lo mismo: 2.º, solo podrán tener acogida dichas leyes, tratándose de pleitos suscitados entre individuos estrañeros por

contratos celebrados en su país, ó en razon de alguna cosa mueble ó raíz del mismo.

En nuestro foro se ha visto sin embargo hasta hoy resolver negativamente el punto de si puedan los extranjeros alegar en nuestros tribunales las leyes de sus respectivos países por los contratos contraídos en ellos; y plumas ilustres han sostenido esta negativa, fundándose en la interpretación que se dá á la ley de Partida citada, sobre que dicha ley habla de las leyes de las diversas provincias mismas de España, y nó de los países extranjeros propiamente.

Sin embargo, cuando hemos visto que en virtud de la ley mejicana sobre estranjería de 30 de Enero de 1854, se dá valor en nuestros tribunales á los instrumentos otorgados en países extranjeros, con tal que, entre otros requisitos ya mencionados, tengan estos instrumentos el de *que sean lícitos y produzcan obligación en el país en que se otorgan, y que en su otorgamiento se hayan observado tambien las fórmulas del país en que hubieren pasado*, claro es que deben consultarse en nuestros tribunales las leyes extranjeras, para dar así valer ó nó á los referidos instrumentos, y ver si en realidad resultan obligados ó nó los mismos extranjeros que los presentan.

Ahora, en cuanto á si puedan admitirse en los

tribunales de Méjico las citas de leyes extranjeras como pruebas de contratos y obligaciones que se han contraído en esta República, es indudable que nó, así por el tenor de la ley de Partida citada, que aunque habla de España, es tambien nuestra, como porque las formas civiles de los contratos son diversas en los países. De modo que en aquellos contratos en que nuestra legislación esté escasa de reglas para decidir las cuestiones que surjan en ellos, podrán citarse las leyes extranjeras, si acaso, como presunciones, mas no como pruebas plenas. Así sucede por ejemplo en materia de privilegios, en que la legislación francesa va mas avanzada que la mejicana.

Basta ya de instrumentos, y pasemos á otra prueba.

Cuarta prueba plena.

La evidencia ó inspeccion ocular del juez en los negocios de division ó amojonamiento de términos, de lugares y campos, ú otros en que cabe esta especie de prueba.

Esta evidencia ó inspeccion ocular de que habla la ley 31, tít. 16, lib. 2 de la Recopilacion de Indias, es el exámen ó reconocimiento que hace el juez por sí mismo ó por peritos, de la cosa litigiosa ó controvertida, para enterarse de su estado

y juzgar con mas acierto. Suele hacerse en los pleitos sobre términos de pueblos y heredades, servidumbres rústicas ó urbanas, edificios ruinosos, daños, y otros en que las partes la piden ó el juez la manda hacer de oficio para mejor proveer; bajo el concepto de que este género de prueba se admite en cualquier estado de la causa, aunque sea despues de la conclusion para sentencia, pues para los jueces siempre está abierto el término de prueba cuando aun no pronuncian su fallo. Cuando la cosa sobre que ha de recaer la inspeccion pide conocimientos facultativos, el juez debe acompañarse de peritos nombrados por las partes ó por él mismo si aquellas no hicieron el nombramiento, hace que se les notifique este nombramiento, los cita para que acepten el encargo y juren cumplirle fielmente, les señala dia y hora para el reconocimiento, manda dar aviso á las partes para que asistan á él si quieren, y luego procede al acto, asistido siempre del escribano con los peritos que examinan el asunto litigioso y estienden sus declaraciones, las cuales se entregan al juez para que las apruebe. Si los peritos no se convinieren, se nombra un tercero en discordia por las partes ó por el mismo juez si hubiere desavenencia entre ellas. Cuando el asunto no exige conocimientos facultativos, el juez nombra testigos, y á su pre-

sencia procede á practicar el reconocimiento con citacion de las partes. Ejecutado esto en uno ó otro caso con las indicadas formalidades, el escribano lo pone por diligencia, y autorizado el acto por los que han intervenido en él, se une á los autos, y forma una prueba mas ó menos completa segun los casos. (LL. 8 y 13, tit. 14, P. 3, y la práctica de los tribunales.)

Dada la descripcion de las cuatro pruebas plenas, completas ó perfectas, pasemos á tratar de las semiplenas, incompletas ó imperfectas.

Primera prueba semiplena.

La deposicion de un solo testigo.

Hemos hablado ya de testigos, y despues de notar estensamente sus calidades y requisitos, asentamos como regla general: que dos testigos mayores de toda escepcion, hacen prueba plena, completa y perfecta, en juicio, menos en los casos en que la ley exige espresamente mayor número de ellos. (L. 32, tit. 16, P. 3.)

Luego rectamente se infiere que un solo testigo hará prueba semiplena, incompleta ó imperfecta. (La misma ley cit.), y se tendrá por presuncion lo que declare.

Segunda prueba semiplena.

La confesion extrajudicial.

Al hablar de la confesion, dijimos ya que cuando una de las partes la rinde en el juicio, ante el juez competente y con los requisitos legales, hace prueba plena, completa y perfecta. (L. 2, tít. 13, P. 3.)

Luego es claro que cuando la confesion no sea hecha en juicio y ante el juez competente, le faltará un requisito esencial para hacer prueba plena, y solo valdrá como prueba semiplena, incompleta ó imperfecta. (L. 7, tít. 13, P. 3.)

No estará de mas dar aquí algunas esplicaciones sobre la confesion extrajudicial.

La confesion extrajudicial, segun su mismo nombre indica, es la que se hace fuera de juicio, sea en conversacion, sea en carta misiva, sea en cualquier documento que no tenia por objeto servir de prueba del hecho contestado. Tambien se tiene por extrajudicial la confesion que se hiciere en juicio ante juez que no fuese competente para recibirla ó mandarla prestar. (L. 133 del Estilo en el tít. 7, lib. 2 del Fuero Real.)

La confesion extrajudicial no produce, por regla general, sino prueba incompleta, como ya dijimos.

Sin embargo, la confesion que un deudor hiciere de la deuda, en presencia de dos testigos y de la parte contraria ó de su apoderado, con espresion de la cantidad ó cosa debida y de la razon ó causa porque la debe, tiene fuerza de prueba plena y produce contra el confesante la obligacion de pagar la deuda si no probare haberla pagado ó quedado libre de ella. (L. 7, tít. 13, P. 3 cit., y l. 2, tít. 7, lib. 2 Fuero Real.)

Algunos autores añaden que tambien hace prueba completa la confesion prestada en ausencia de la parte contraria, si se repite en otra ocasion con intermision de tiempo. (Cur. Filíp. Part. 1, § 17 núm. 6.)

La confesion hecha en testamento ó á la hora de la muerte, se considera tambien como prueba plena contra los herederos del que se reconoce como deudor ó declara estar pagado. (L. 2, tít. 7, lib. 2, Fuero Real, y leyes 19, 20 y 21, tít. 9, P. 6.) Sin embargo, la confesion de deuda en favor de una persona incapaz de recibir del confesante, se tiene por hecha en fraude de la ley, y no hará prueba contra los herederos, á no ser que el incapaz pruebe la razon de la deuda. (L. 3, tít. 14, P. 3.)

La confesion hecha por los padres en escrito ó asiento formal, de cuya autenticidad no se duda,

sobre anticipaciones hechas á sus hijos por razon de colocacion ó establecimiento, se tiene asimismo por prueba plena, segun las leyes citadas.

Tercera prueba semiplena.

El cotejo de letras.

Se llama cotejo de letras, al exámen que se hace de dos escritos, comparándolos entre sí para reconocer si son de una misma mano. El cotejo de letras suele verificarse en las causas civiles, y aun en las criminales; pero ni aun la declaracion uniforme de muchos peritos sobre la semejanza ó desemejanza de las letras, hace jamás prueba suficiente para fallar; pues si bien los peritos pueden sentar que hay conformidad ó diferencia entre dos escritos comparados, no tienen regla ninguna para asegurar con certeza que ambos son de una misma mano ó de dos manos diferentes, siendo así que se encuentran muchas personas que saben imitar con la mayor perfeccion cualesquiera letras, y se citan innumerables casos de funestas equivocaciones en que los expertos han incurrido. De manera que el cotejo de letras no puede producir sino á lo mas un indicio; y por eso la ley 119, tít. 18, P. 3, no quiere que se admita la prueba del cotejo de letras en los documentos privados que niega ser suyos la parte contra quien se presentan; y la ley 118, que

la admite con respecto á las escrituras publicas, cuando no puede reconocerlas el escribano que las hizo, deja al arbitrio del juez el dar valor ó nó á esa prueba, segun su conciencia, aunque todos los peritos opinen del mismo modo; "ca tal prueba como ésta tovieron los sábios antiguos que non era acabada."

Mas no por eso deberá siempre desecharse absolutamente el cotejo de letras, pues si bien no basta por sí solo para probar que un documento ha sido ó nó escrito ó firmado por la persona á quien se atribuye, forma sin embargo algun indicio, y no deja de contribuir á la fuerza de la justificacion quando se reune con otros adminículos, como v. gr., con el sello de la persona que se supone haberlo firmado, con el sello de la administracion de correos si se trata de alguna carta, con las firmas de testigos, con las declaraciones de personas que de boca del mismo autor del documento hayan oido decir que efectivamente lo estendió ó hizo la disposicion, ó convenio ó promesa en el contenida, etc. En caso de decretarse el cotejo de letras, ha de verificarse con escritos de cuya autenticidad no se dude, y por peritos ó expertos que juren primero que se conducirán bien y fielmente en el desempeño de su encargo, y que no dejarán de decir la verdad de lo que entendieren por ruego ni por miedo; p. 16.

ni por amor, ni por odio, ni por otra razon ninguna. (L. 118, tit. 18, P. 3.)

Cuarta prueba semiplena.

La fama pública por sí sola sin el apoyo de testigos idóneos.

Se llama fama, el buen estado del hombre que vive rectamente conforme á la ley y á las buenas costumbres (ley 1, tit. 6, P. 7), y la opinion pública que se tiene de alguna persona ó de algun hecho. La primera se llama fama del hombre, y la segunda fama pública.

La fama pública se diferencia principalmente del rumor, en que la fama es asercion comun de la mayoría del pueblo, y el rumor no es sino de algunos individuos; y en que la fama va creciendo con el tiempo, y el rumor suele desvanecerse pronto.

Para que la fama sirva de prueba, se requiere:

1.º Que se derive de personas ciertas que sean graves, honestas, fidedignas y desinteresadas, no debiendo tomarse en consideracion la que nace de personas malélicas, sospechosas ó interesadas en ella. 2.º Que se funde en causas probables; de modo que los testigos que depongan sobre la existencia de la fama, no solo han de manifestar las personas de quienes oyeron el asunto de que se tra-

ta, sino que deben espresar tambien las causas que indujeron al pueblo á creerlo. 3.º Que se refiera á tiempo anterior al pleito, pues de otro modo puede presumirse que éste ha dado motivo á ella. 4.º Que sea uniforme, constante, perpetua é inconcusa, de modo que una fama no se destruya por otra fama; bien que en concurso de una fama buena y otra mala, siempre ha de preferirse la buena, aunque no sean tantos los testigos que depongan sobre ésta como los que afirman aquella.

Se entiende que hay fama pública ó notoriedad, quando dos ó tres testigos graves fidedignos y mayores de toda escepcion, juran que así lo siente la mayor parte del pueblo.

Sin embargo, aun quando se pruebe que hay fama pública sobre un hecho, no habrá prueba plena, pues vemos todos los dias que una chanza dicha por una persona, va tomando crédito y fuerza en los círculos de la sociedad hasta convertirse en una persuacion universal; de modo que la fama pública es á veces falaz y engañosa, como dice el derecho canónico. (*Caput. Cúm. in juvent. 12 De Purgat. canon.*)

Así es que la fama no solo no es prueba plena en los delitos en que se necesitan pruebas tan claras como la luz del dia, pero ni aun en las causas civiles, en que hace solo prueba semiplena. Algunos

autores dicen, sin embargo, que la hace plena en los casos siguientes: 1.º En las cosas antiguas que esceden la memoria de los hombres, pues habiendo perecido por la injuria de los tiempos los documentos legítimos, suelen admitirse pruebas mas ligeras. 2.º Cuando concurren otros adinícuos ó presunciones. 3.º En las cosas de poco perjuicio y en las causas ligeras. 4.º Cuando se trata del interdicto restitutorio, pues entonces, probada la fama pública, debe restituirse la posesion al que se sirve de este remedio. 5.º En las cosas que son de difícil prueba. 6.º Cuando se trata de evitar un escándalo ó delito. Sin embargo, la prudencia del juez debe pesar en cada caso las circunstancias, y examinar con cuidado la mayor ó menor fuerza de fama, que rara vez, si acaso alguna, podrá producir los efectos de una prueba completa.

Quinta prueba semiplena.

El juramento supletorio.

Se llama juramento en general la afirmacion ó negacion de alguna cosa, poniendo por testigo á Dios; pero en derecho se entiende por juramento, segun la ley 1, tít. 11, P. 3, "el averiguamiento que se hace nombrando á Dios ó á alguna otra cosa santa sobre lo que alguno afirma que es así ó lo

niega," no entendiéndose por cosa santa, el cielo, ni la tierra, ni otra criatura, sino Dios primeramente y despues la Virgen su madre, y los otros santos, ó los Evangelios, ó la cruz, ó el altar, ó la Iglesia.

El juramento se divide con respecto á las obligaciones del hombre en general, en acertorio ó afirmativo, si se refiere á cosas presentes ó pasadas, ó promisorio, si se refiere á cosas futuras; cuyas dos especies de juramentos pueden ser tambien simples si se hacen sin solemnidad ó fórmula ninguna, y solemnes si se hacen ante superior y bajo cierta fórmula; así como tambien pueden ser judiciales si se hacen en juicio, y extrajudiciales si se hacen fuera de él.

Entre estas especies de juramentos, los que se hacen en los litigios toman varios nombres particulares, segun que se refieren á la decision del pleito, ó á las personas de los litigantes: á la decision del pleito se refieren, el *juramento decisorio del pleito*, *juramento estimatorio*, ó *decisorio en el pleito*, y *juramento supletorio*: considerado por lo que mira á los litigantes, se divide el juramento en de *calumnia*, *juramento de malicia* y *juramento de decir verdad*.

La ley 2, tít. 11, P. 3, divide el juramento en cuanto á la decision de las causas, en *voluntario*,

necesario y judicial, pero estas distinciones están comprendidas en el *juramento decisorio del pleito*. De manera que en general, se llama juramento decisorio del pleito, el que decide la cuestion ó litigio pendiente, ya sea que ambas partes lo presten por su voluntad, ó una de ellas obligada por la otra, ó en juicio porque se haga con aprobacion del juez.

Juramento estimatorio ó decisorio en el pleito es el que no decide la cuestion principal del litigio, sino el valor de la cosa sobre que se disputa. Juramento *supletorio ó necesario* es el que el juez manda prestar de oficio á la parte para completar la prueba.

En cuanto á los juramentos que se refieren á la persona de los litigantes, el de calumnia tiene lugar en las causas criminales, civiles ó de cualquiera naturaleza que sean, debiéndolo prestar una vez el actor y el demandado, asegurando ser buenas sus acciones ó sus escepciones, y proceder de buena fé (L. 8, tít. 10, y l. 23, tít. 11, P. 3); bien que en la práctica se pone al fin de cada escrito. El juramento de malicia es el que una parte exige á la otra en el juicio cuando sospecha que procede de mala fé; y el de decir verdad es aquel por el cual uno se obliga á manifestar lo que sabe por percepcion de los sentidos corporales sobre el punto ó negocio de que se le pregunta.

Fijadas estas divisiones, es preciso advertir, ante todo, que siendo el juramento un acto civil y religioso, para hacer prueba en derecho, debe tener los requisitos de *verdad, justicia y juicio*. Requiere la *verdad*, es decir, que sea cierto ó que de buena fe y con grave fundamento se repite tal lo que se afirma ó niega, ó 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 no es obligatorio ni puede cumplirse cuando se opone á las buenas costumbres ó al derecho de tercero, ó á las leyes á que no pueda renunciarse y que se preste por persona capaz de jurar; y se requiere en fin, el *juicio*, esto es, que se jure con prudencia y discrecion solo cuando la necesidad lo exija y por cosa no leve. (LL. 11, 27, 28 y 29, tít. 11, P. 3; ley 3, tít. 1, P. 4, y ley 28, tít. 11, P. 3)

Pasemos ya á hablar del juramento *supletorio ó necesario* que nos toca aquí explicar. Dijimos ya que es el que el juez defiere de oficio ó manda hacer á una de las partes para completar la prueba. (L. 2, tít. 11, P. 3.) Se llama *supletorio*, porque suple la prueba que falta para que sentencie el juez; y se llama *necesario*, porque el juez se ve á veces en la necesidad de deferirle, porque la parte á quien se defiere no puede rehusarle sin causa le-

gítima, ni convidar á la contraria para que lo haga; de modo que en caso de resistencias se la da por vencida en el pleito, como si la contraria hubiera probado plenamente su intencion. (Ley cit.)

Para que tenga lugar el juramento supletorio, se requieren las tres circunstancias siguientes: 1.ª Que haya escasez de pruebas en el negocio, de manera que aun esté dudosa la causa. 2.ª Que la demanda ó la escepcion no esté falta enteramente de pruebas, pues si lo está, entonces deberá ser absuelta la parte contraria sin necesidad de juramento, por no haberse probado nada. 3.ª Que el juez no defiera el juramento al principio del pleito, sino despues de haber examinado las pruebas de ambas partes, á fin de estimar si conviene ó no deferirle, y á cuál de ellas lo deferirá en el caso, pues debe elegir la mas fidedigna, sin que pueda prestarlo persona incapaz de jurar.

El juramento supletorio debe hacerse en su caso por la parte á quien se defiere, á presencia de la contraria, ó al menos con su citacion (Greg. Lop., glosa 7 de la ley cit.); y como solo tiene la calidad de prueba semiplena, y no la de transaccion, que lo hace diferenciarse del decisorio en el pleito, por deferirse por el juez y no por la parte contraria, es claro y consiguiente que la sentencia dada en su virtud, quedará sujeta á la apelacion, y aun á

la renovacion por falsedad. (LL. 2, 15 y 25, tit. 11, y leyes 13 y 19, tit. 22, P. 3.)

Sesta prueba semiplena.

Las presunciones é indicios.

La sesta prueba semiplena consiste en las presunciones ó indicios, que son las conjeturas que sacamos, ya del modo que generalmente tienen los hombres de conducirse, ya de las leyes ordinarias de la naturaleza, ó bien: la consecuencia que saca la ley ó el magistrado, de un hecho conocido para averiguar la verdad de un hecho desconocido ó incierto.

Hay dos especies de presuncion: la de derecho, que fija la ley, y la de hombre, que saca el magistrado. La presuncion de derecho es de dos maneras: de derecho y por derecho (juris, et de jure), ó simplemente de derecho (tantum juris). La primera, como que es la fijada por la ley, hace prueba plena, de tal modo que no se admite otra en contrario. De esta clase son las que enumera la ley 12, tit. 23, P. 7, segun la cual, naciendo á un tiempo dos hermanos, varon y hembra, se presume nacido primero el varon: muriendo juntos marido y mujer en un lance, como naufragio, incendio ó ruina de la casa, se presume que murió primero la

mujer; y si esta desgracia sucede á padre é hijo, si éste es menor de catorce años, se presume muerto primero que su padre, y al contrario si es mayor. Los efectos de esta presuncion son: hacer plena prueba; no ser necesario que se alegue por la parte; reputar á aquel contra quien la hay, convierto y confeso; no admitirsele el juramento, ni tampoco prueba en contrario, y negársele la apelacion. La presuncion simplemente de derecho, es la que por la ley solo se considera cierta mientras no se prueba lo contrario: tales son la de que es muerto aquel que ha ido á tierras lejanas, habiendo pasado mas de diez años, y siendo fama pública que ha muerto; la que tiene de ser dueño de la cosa el que prueba que fué de su padre ó abuelo, y la que tiene todo ciudadano de que es inocente y está en legítima posesion de sus derechos. (LL. 1 y 10, tít. 14, P. 3.) Los efectos de ésta son: que liberta al que la tiene á su favor, de la obligacion de probar; y alegándose por el que la tiene y no probándose lo contrario, prueba plenamente, y debe darse la sentencia, á lo menos en las causas civiles. La presuncion de hombre puede ser leve, probable ó vehementísima: la primera casi nada asegura, la segunda induce probabilidad, y la tercera hay casos en que produce indicios tan graves, que obligan á creer, como la que tuvo Salomon para conocer

cuál de las dos mujeres que disputaban por el niño, era su madre, siendo esta última prueba plena en opinion de algunos autores.

A las presunciones se reducen otras pruebas semiplenas, como el cotejo ó la comparacion de letras, la fuga del reo en los delitos, y otras semejantes.

Hemos examinado detenidamente la naturaleza y requisitos de las pruebas que pueden presentarse en juicio, despues de haberlas dividido en cuatro plenas, que son: la confesion de parte hecha en juicio, la declaracion de dos ó mas testigos con- testes, las escrituras ú otros instrumentos públicos, la evidencia ó inspeccion ocular del juez en los negocios propios al caso; y en seis semiplenas, que son: la deposicion de un solo testigo, la confesion extrajudicial, el cotejo de letras, la fama pública por sí sola, el juramento supletorio y las presunciones.

Estas dijimos que eran pruebas directas en el juicio, y anotamos allí al principio, que habia otros dos modos de probar indirectamente en juicio las acciones ó excepciones del litigio, y que esos modos son el juramento decisorio y los monumentos publicos, inscripciones, obeliscos, etc.

Pues bien, hablemos ya de estos dos modos últimos, y comencemos por el juramento decisorio.

Se llama juramento decisorio del pleito, el que una parte defiere ú ofrece á la otra, obligándose á pasar por lo que ésta jure, á fin de terminar así la disputa (L. 21, tít. 11, P. 3); de cuya definicion se infiere que prestado el juramento decisorio conforme á la ley, queda concluido el pleito, pues hay una verdadera transaccion mas bien que prueba, como ya anunciamos al principio, por cuyo motivo no colocamos este juramento entre las pruebas plenas directas, y le hemos reservado para este lugar.

El juramento decisorio del pleito puede ser voluntario y estrajudicial si se presta voluntariamente fuera de juicio, ó es judicial y necesario si se presta en juicio, pues una vez deferido por una de las partes á la otra, ésta no puede excusarse de prestarlo, ó tiene que pasar por lo que jure su contraria, y perder por consiguiente el pleito. (L. 2, tít. 11, P. 3.) El juramento estrajudicial produce la misma fuerza de transaccion que el judicial, si se prueba que en efecto lo prestó la parte. (Ley citada.)

El juramento decisorio puede prestarse en todo género de obligaciones y contratos en que puede haber avenimiento de las partes ó transaccion. (LL. 10, 12, 13 y 18, tít. 11, P. 3.) De modo que no puede prestarse en materia de divorcio ni

sobre deuda de juego, que aunque se jure no es obligatoria civilmente.

No puede diferirse el juramento sino sobre un hecho que sea personal ó concerniente á la parte á quien se defiere (LL. 10, 12 y 13, cit.); aunque pueda deferirse sobre un hecho ajeno de que uno es responsable, como por ejemplo, al heredero sobre deuda ó pago hecho por el difunto. (L. 11, tít. 11, P. 3, y ley 1, tít. 12, lib. 2 del Fuero Real.)

Solo pueden deferir ó aceptar el juramento decisorio, los que pueden obligarse en juicio; pero no los locos, mentecatos ó fatuos, menores etc., pues si prestan el juramento, no valdrá la sentencia que les perjudique. (LL. 3 y 7, tít. 11, P. 3.)

Los que administren bienes que tienen privilegio de menores, no pueden deferir el juramento sino á falta de otra prueba. (L. 9, tít. 11, P. 3.) Los apoderados necesitan poder especial. (L. 4, tít. 11, P. 3.)

El juramento decisorio puede prestarse en cualquier estado del juicio, pues equivale á una transaccion. (L. 22, tít. 11, P. 3.)

No puede devolverse el juramento cuando el hecho sobre que recae no es comun á las dos partes, sino personal á aquella á quien se habia deferido. Así es que si habiendo yo heredado á N., y pretendiendo que tú le debias mil pesos que te habia

prestado, te defiero el juramento sobre este hecho, no podrás tú devolvérmelo, porque es posible que yo tenga conocimiento de este hecho y que sin embargo no pueda afirmarlo bajo juramento, por no serme personal. (LL. 10, 12 y 13, tít. 11, P. 3)

Una vez prestado el juramento, la transacción que se origina tiene fuerza de cosa juzgada y subsiste aunque aparezcan pruebas contrarias. (LL. 12, 14, 16, 25 y 26, tít. 11, P. 3, y l. 9, tít. 14, P. 3.) Y también se acaba el pleito y toma fuerza de cosa juzgada cuando la parte no quiere jurar habiéndosela devuelto el juramento. (LL. 2 y 8, tít. 11, P. 3.)

El juramento decisorio, sea judicial ó extrajudicial, aprovecha á la parte que lo presta y á sus sucesores, ya sean generales ó universales, por razón de testamento ó abintestato, ya particulares ó singulares por razón de legado, donación, etc., y perjudica á la parte contra quien se presta, é igualmente á sus sucesores de las mencionadas clases. (L. 17, tít. 11, P. 3)

El juramento hecho ó deferido por uno de dos ó mas deudores solidarios sobre la deuda ó obligación mancomunada, aprovecha ó perjudica á los condeudores ó sócios en la obligación: y del mismo modo el juramento hecho ó deferido por uno de dos ó mas acreedores solidarios sobre la deuda ó obliga-

ción á que todos tienen un derecho común, aprovecha ó daña á los conacreedores ó compañeros en el derecho. (L. 17 cit.)

El juramento hecho por el deudor principal, aprovecha á su fiador, y el del fiador al deudor, con tal que recaiga sobre la deuda; pues si el juramento del fiador no recae sino sobre la fianza, solo aprovechará al mismo fiador y no al deudor principal. (L. 17 cit.)

En la práctica no se presenta sino rara vez el caso del juramento decisorio, en juicio ni fuera de juicio, porque no siendo tan pura la moral ni tan fuertes las creencias como en lo antiguo, nadie quiere abandonar la decisión de sus intereses á la conciencia de su adversario; y así lo mas común y casi constante es que los litigantes, aun cuando exigen que jure su adversario al tiempo de declarar sobre las posiciones que presentan, lo hacen con la cláusula de que *sea bajo de juramento no deferido á que protestan estar solo en lo favorable, y con reserva de otra prueba*; cláusula que ha llegado á hacerse formularia.

Basta en cuanto al juramento decisorio.

Por lo que toca á las pruebas sobre monumentos, inscripciones, etc., puede observarse respecto de ellas lo que ya dijimos sobre presunciones ó indicios.

Pasemos, pues, á la tercera parte de este capítulo.

PARTE TERCERA.

De qué manera se han de presentar en juicio las pruebas.

Dijimos ya que si el negocio que se controvierte en el juicio está dudoso, y esta duda es sobre hechos, hay lugar á la prueba; y ahora añadiré que, terminada la junta de que hablamos, y sentados los puntos que deben probarse, el juez decreta: "Recíbase este negocio á prueba por tal término de días comunes á ambas partes." Hemos visto asimismo cuáles pruebas pueden alegarse, y ahora solo nos resta presentar la manera práctica de rendir dichas pruebas, para que no quede duda de nada.

Las pruebas se presentan por medio de un escrito en que se pide su admision, y cuyo escrito está concebido poco mas ó menos en estos términos:

"Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, en el negocio cual, supuesto su estado de haberse recibido á prueba, ante vd., salvas las propuestas oportunas, digo: que me conviene para mejor probar mi derecho, el que se articulen á mi contrario las posiciones

siguientes: (aquí se ponen)—ó las que en un pliego cerrado acompaño—ó que se haga de clarar á la contraria con el juramento decisivo que le desiero, para terminar el pleito—ó que se examinen tales testigos con arreglo al interrogatorio que por separado se acompaña (ó en un pliego cerrado que no se abrirá sino hasta la hora precisa de declarar)—ó que se ratifiquen los testigos que fueron examinados sin citacion contraria antes de comenzar el pleito, ó de contestar la demanda—ó que se reciba informacion de abono de los muertos ó ausentes—ó que con citacion de la contraria se comprueben con su matriz ó protocolo los instrumentos ó traslados que de nuevo presenta, por no haber llegado hasta aquel momento á su poder ó noticia, ó los producidos antes en los autos (si están redarguides civilmente de falsos por no ser los originales y haberse sacado sin la refenda citacion de la contraria)—ó que se me facilite compulsa de tales ó cuales documentos que me conviene aducir segun lo alegado—ó que se reconozcan por mi adversario tales cartas ó papeles, ó se cotejen sus firmas por peritos—ó que se pase por el juez á la inspeccion ó vista de ojos,—ó que se haga reconocimiento de peritos—ó

P. 17.

nalmente—que se practique *tal ó cual* otra diligencia que es conducente para averiguar la certeza ó verdad de mis derechos. Por tanto,

A vd. suplico, etc.

El juez provee á este escrito: "Estando en término, como lo pide!"

Hagamos ahora algunas explicaciones prácticas sobre las pruebas. El pliego en que se ponen las posiciones será de papel sellado del sello tercero, y deberá llevar firma de abogado: estará además concebido en estos términos:

"Posiciones que se han de articular á D. Fulano de tal, en el negocio cual, para los efectos que en ella se espresa, y con protesta de no estar mas que á lo favorable, y á reserva de otra prueba."

1.º Diga si es cierto, como lo es, tal y cual cosa.

2.º Diga, etc.

Y por último, la fecha y las firmas.

La protesta de no estar mas que á lo favorable, quiere decir que, como las posiciones sirven para escitar la confesion y relevar de la prueba, se creeria renunciada ésta en caso de poner aquellas; y por eso se dice que solo servirá lo favorable pa-

ra prueba, y si se niega el contenido de las posiciones, se recurrirá á la prueba comun.

Acerca del interrogatorio, el papel en que se pone es el mismo que el de las posiciones, y tambien ha de ir firmado por el abogado de la parte. El pliego del interrogatorio está concebido en estos términos, poco mas ó menos:

"Interrogatorio perteneciente á tal negocio, al tenor del cual han de ser examinados los testigos D. Fulano, D. Mengano, etc."

"1.º Digan las generales de la ley."

"2.º Digan si es cierta tal y cual cosa...."

"3.º Digan, etc...."

"4.º Digan de público y notorio."

Siguen al fin la fecha y las firmas.

Esta última pregunta sobre la fama es inconducente casi siempre en las causas civiles; pero se acostumbra hacerla en la práctica, siendo de advertir aquí que éste es el caso mas frecuente en que se hace uso de la prueba *semi-plena*, que consiste en la fama, ó el "se dice" público, pues añadida esta prueba, cuando sea conducente, á la testimonial, le da mayor robustez.

Entre las cosas que se pueden pedir en el escrito de prueba, una de ellas es, que se soliciten por el juez del negocio de que se trata algunos testimonios de constancias que corren en otros autos seguidos

ante juez distinto; y este pedido de la parte deberá ser obsequiado, y el juez á quien se piden las constancias no las podrá negar, porque están obligados á ayudarse mutuamente á la aclaracion de la verdad.

Pasemos para concluir á la última parte de este capítulo.

PARTE CUARTA.

Dentro de que término se deben presentar en juicio las pruebas.

El plazo que la ley concede á los litigantes para presentar sus pruebas en el juicio, es el de sesenta dias á lo mas para el término ordinario, y de cuatro meses para el extraordinario, cuando los testigos estan á gran distancia aunque dentro de la República. (Art. 333 y 339 de la ley de 29 de Noviembre de 1853). Generalmente sucede en cuanto al término ordinario, que el juez segun las circunstancias del negocio, señala veinte ó treinta dias para la prueba, y si no alcanza este plazo, lo prorroga hasta sesenta á petición de alguna de las partes, y sin necesidad de formar artículo y correr traslado de la petición de próroga á la contraria; pero nunca podrá pasar de sesenta dias, salvo que haya necesidad de examinar testigos que están á

larga distancia, en cuyo caso tiene lugar el término extraordinario que será de cuatro meses á lo mas, segun la ley citada.

Pero si los testigos que se han de examinar en el juicio están fuera de la República, entonces tendrá lugar el término *ultramarino* que podrá ser hasta de seis meses, segun la distancia á que se encontrasen los testigos, y teniéndose presente la ley 2, tit. 10, lib. 11 de la Novísima Recopilacion que habla de este término.

Para que tenga lugar el término ultramarino, es preciso que se pida con juntamente con el ordinario, es decir, que los dos juntos no deberán pasar de cuatro meses. Se requiere asimismo que se espresen los nombres, apellidos y residencia de los testigos de que intenta valerse la parte, y que justifique dentro de treinta dias perentorios, no solo que se hallan en el paraje que indica, sino tambien que el tiempo del hecho litigioso estaban en el pueblo ó lugar donde sucedió. Que jure que no pide el término maliciosamente por alargar el pleito, y que deposite luego la cantidad que al juez parezca suficiente para las expensas que haga el colitigante en ir ó enviar persona para conocer y ver presentar y juramentar los testigos, pues no siendo pobre ó el fisco, ha de ser condenado en ello, si no prueba su intencion. (LL. 3 y 4, tit.

10, lib. 11, Nov. Rec.) Pero es de advertir que todos estos requisitos no serán necesarios cuando el hecho que se intenta probar no sucedió aquí sino en ultramar á otros parajes remotos, pues entonces, como es accidental que se ponga aquí la demanda, y es de creer que los testigos están en su tierra, cesa la presunción de malicia; bien que siempre deben espresarse los nombres y residencia de los testigos, para que el contrario pueda ir ó enviar á conocerlos y verlos juramentar, por si hubiere tachas que ponerles.

Ahora, en cuanto al orden sucesivo en que deban presentarse las pruebas durante estos plazos, debe el abogado tener presente que las escrituras ó documentos ejecutivos deben acompañarse á la demanda si en ella se mencionan y si conviniere así, de manera que éstos se podrán presentar antes del término probatorio; pero si no se mencionan en la demanda, y si así conviene, se presentarán dentro de dicho término. (Art. 321 de la ley de 29 de Noviembre cit.) También debe el abogado procurar en cuanto sea posible presentar en buen orden las pruebas y colocarlas de manera que decidan desde luego el ánimo del juez á favor de su causa.

Tanto el término de prueba como las prórogas, son comunes á ambas partes, aunque éstas se ha-

yan solicitado por solo una de ellas, porque entre ambas debe haber perfecta igualdad.

Es de advertir que mientras dure el término probatorio, no puede haber innovacion alguna en el negocio, de manera que durante este plazo no se puede hacer mas que probar; y si se introduce algun artículo que sea indispensable decidir previamente, debe quedar entonces y subsistir suspenso el término desde la presentacion del pedimento del incidente ó artículo hasta su determinacion. (L. 2, tít. 15, P.)

Concluido el término mayor probatorio que asigna la ley, las partes no podrán pedir nueva próroga, á menos que por algun motivo no les haya corrido todo el término, y para saber esto, del escrito en que pidan la nueva próroga se corre traslado á la contraria, y con lo que ésta diga, resolverá el juez si en efecto hubo impedimento ó alguna otra causa que pueda determinar nueva concesion de plazo para probar.

CAPITULO XIX.

DE LA RESTITUCION DEL TERMINO DE PRUEBA.

Pasado el término probatorio, ya no pueden los litigantes alegar nuevas pruebas, á no ser que gocen el beneficio de la restitucion in integrum. De manera que los menores y todos los demás que

10, lib. 11, Nov. Rec.) Pero es de advertir que todos estos requisitos no serán necesarios cuando el hecho que se intenta probar no sucedió aquí sino en ultramar á otros parajes remotos, pues entonces, como es accidental que se ponga aquí la demanda, y es de creer que los testigos están en su tierra, cesa la presunción de malicia; bien que siempre deben espresarse los nombres y residencia de los testigos, para que el contrario pueda ir ó enviar á conocerlos y verlos juramentar, por si hubiere tachas que ponerles.

Ahora, en cuanto al orden sucesivo en que deban presentarse las pruebas durante estos plazos, debe el abogado tener presente que las escrituras ó documentos ejecutivos deben acompañarse á la demanda si en ella se mencionan y si conviniere así, de manera que éstos se podrán presentar antes del término probatorio; pero si no se mencionan en la demanda, y si así conviene, se presentarán dentro de dicho término. (Art. 321 de la ley de 29 de Noviembre cit.) También debe el abogado procurar en cuanto sea posible presentar en buen orden las pruebas y colocarlas de manera que decidan desde luego el ánimo del juez á favor de su causa.

Tanto el término de prueba como las prórogas, son comunes á ambas partes, aunque éstas se ha-

yan solicitado por solo una de ellas, porque entre ambas debe haber perfecta igualdad.

Es de advertir que mientras dure el término probatorio, no puede haber innovacion alguna en el negocio, de manera que durante este plazo no se puede hacer mas que probar; y si se introduce algun artículo que sea indispensable decidir previamente, debe quedar entonces y subsistir suspenso el término desde la presentacion del pedimento del incidente ó artículo hasta su determinacion. (L. 2, tít. 15, P.)

Concluido el término mayor probatorio que asigna la ley, las partes no podrán pedir nueva próroga, á menos que por algun motivo no les haya corrido todo el término, y para saber esto, del escrito en que pidan la nueva próroga se corre traslado á la contraria, y con lo que ésta diga, resolverá el juez si en efecto hubo impedimento ó alguna otra causa que pueda determinar nueva concesion de plazo para probar.

CAPITULO XIX.

DE LA RESTITUCION DEL TERMINO DE PRUEBA.

Pasado el término probatorio, ya no pueden los litigantes alegar nuevas pruebas, á no ser que gocen el beneficio de la restitucion in integrum. De manera que los menores y todos los demás que

goeen dicho beneficio, podrán, dentro del término de quince días, contados desde el día en que se les notificó la publicación de probanzas, pedir que se les conceda la restitucion del término de prueba, y se les debe conceder sin necesidad de traslado á la otra parte, pero nunca se concederá mas de la mitad del que sirvió para la prueba principal (LL. 1 y 3, tit. 13, lib. 11 de la N.) y de él goza tambien la otra parte. (L. 3 del mismo título y código), sin que el menor á cuya instancia se concedió, pueda arrepentirse y renunciarlo en perjuicio de su contrario y sin consentimiento de éste.

Generalmente se acostumbra que siempre que en el litigio intervenga algun menor ú otro que goce el beneficio de restitucion, aunque su contrario debe ponsr las tachas, si las hay, dentro de los seis dias contados desde que se le notificó la publicación (de la manera que veremos despues), pero no deben recibirse á prueba dichas tachas, hasta que hayan corrido los quince dias en que aquel puede recibir la restitucion, procediéndose á ella, si pasados no la hubiere pedido, y continuando suspenso en caso contrario hasta que se concluya el término concedido por via de restitucion, así porque en éste puede ampliar tambien su prueba el no privilegiado, como porque es natural esperar la que produzca de nuevo el privilegiado, para po-

nerle las tachas, que de lugar, para lo cual tiene de nuevo otros seis dias. Pero cuando se pasó ya á la publicación de probanzas y viene el menor pidiendo restitucion, entonces el nuevo término concedido es comun á ambos litigantes, mas el no privilegiado no podrá alegar nuevas excepciones en la misma instancia para justificarlas por medio de testigos, por presumirse que, teniendo ya noticia de las pruebas del contrario, intentará sobornar los testigos para contradecirlas, bien que podrá alegarlas y justificarlas por medio de la confesion de la parte contraria, ó por medio de instrumentos públicos que habrá de presentar, con el juramento de no haber llegado antes á su noticia. (Cañada Inst. Práct., P. 1, c. 10, números 73 á 97).

Quando los dos que litigan son menores, ninguno goza del privilegio de restitucion, á no ser que uno de ellos trate de lustrar y el otro de evitar un daño, pues entonces tendrá éste el privilegio con citacion del otro. (Febr. de Tap., tom. 4, cap. 12, n. 13). Si la cosa litigiosa es indivisible y pertenece á dos, de los cuales uno sea el menor, gozará el que no lo es del privilegio de éste, mas no si es divisible. El heredero de un menor goza de la restitucion en el pleito comenzado, y el menor que hereda á un mayor goza la restitucion en el plei-

to comenzado, si murió el mayor antes del término probatorio.

Fuera de los efectos que hemos indicado produce la restitucion del término probatorio, hay otro que tambien se origina de ella, como el de que es preciso hacer nueva publicacion de probanzas, y se concede un nuevo plazó para poner tachas; y que si el litigante no privilegiado hubiere alegado tachas despues de la primera publicacion, y antes que el menor solicitase y obtuviese la restitucion, debe deferirse el juicio sobre aquellas durante el término restitutorio, para abrirse cuando éste hubiere fenecido.

El escrito en que se pide la restitucion dice así poco mas ó menos:

“Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, curador ad litem de D. N, hijo menor de D. S, en los autos tales y cuales, ante vd., salvas las protestas oportunas, digo: que necesitando mi representado rendir otras pruebas nuevas y ampliar las ya puestas, para la mejor constancia de sus derechos, y concediéndole la ley el privilegio de restitucion, no dudo se servirá vd. concederle la del término de prueba. Por tanto,

A vd. suplico, etc.

CAPITULO XX.

DE LA PUBLICACION DE PROBANZAS.

Concluido el término probatorio, cualquiera de las dos partes presenta dentro del término de tres dias, un escrito en que pide que, puesto que ha pasado el término probatorio, se haga la publicacion de probanzas, para poner tachas á los testigos ó alegar de bien probado.

Nada mas natural que el comunicar á su tiempo á los litigantes las pruebas que ha rendido el contrario, para poderlas impugnar.

El escrito en que se pide la publicacion de probanzas es poco mas ó menos el siguiente:

Señor juez tantos, etc.

Fulano de tal, en los autos tales y cuales, ante vd., etc., digo: que habiéndose cumplido ya el término que se concedió para la prueba de este negocio,

A vd. suplico se sirva, conforme á la ley, mandar se haga la publicacion de probanzas, y se entreguen los autos á las partes para alegar de bien probado.—Lo cual es justicia que con lo necesario juro.

El lugar y la fecha, etc.

De este escrito se corre traslado á la otra parte,

que contestará dentro del término de tres días; y se corre este traslado para que la dicha parte vea si positivamente ha transcurrido el término de prueba, ó si falta aún, para cuyo exámen se le pueden entregar los autos si los pide, pero todavía sin darle las pruebas de su contrario, que hemos dicho se ponen en un cuaderno aparte, comprendiéndose aquí la causa de esta separación. O contesta la parte dentro de tres días, ó nó; si no contesta, el juez, á pedimento de la contraria que acusará rebeldía, provee: "Siendo pasado el término, hágase la publicacion, y entreguense los autos á las partes, por su órden, para que aleguen de bien probado." Pero si contesta, ó se opone á la publicacion, ó la admita, y el juez proveerá en artículo segun las razones que se aleguen.

Hecha la publicacion, se entregan á cada parte los autos con los cuadernos de pruebas correspondientes, para que ó tachen á los testigos ó aleguen desde luego de bien probado.

(LL. 3, tít. 15; 9 y 1, tít. 11, lib. 11, Nov. Rec.)

CAPITULO XXI.

DEL JUICIO DE TACHAS.

Al ver los litigantes las pruebas rendidas por su contrario, suelen encontrar que los testigos presentados, no reúnen los requisitos legales, en su con-

cepto, y desde luego les ponen tachas, para lo cual se hace uso de un juicio especial, que se llama de tachas.

Las tachas pueden ponerse dentro de los seis días primeros de los quince que se conceden para alegar de bien probado, cuyos seis días no corren al plazo para alegar, en el caso de ser tachables los testigos, pues despues se concede un nuevo término para el alegato. (Art. 347 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

El escrito de tachas está concebido en estos términos ú otros semejantes:

Señor juez tañtos, etc.

"Fulano de tal, en los autos tales y cuales, supuesto su estado de haberse hecho publicacion de probanzas, ante vd., salvas las protestas oportunas, digo: que los testigos que ha presentado para rendir mis pruebas, son fidedignos y no adolecen de vicio ni defecto alguno, mientras que los de la parte contraria, además de no hacer prueba, como á su tiempo se manifestará, padecen varias tachas legales. Para acreditar estas tachas, conviene á mi derecho que con citacion de la contraria se me reciba informacion de los testigos D.

Fulano y D. Mengano, al tenor del interrogatorio que acompaño.”

“La justificación de vd. no dudo se servirá admitir y estimar por legítimas las tachas propuestas en dicho interrogatorio, y recibir la causa á prueba de ellas por el término que gradúe competente con arreglo á la ley, protestando por mi parte y jurando en forma de derecho que no pongo estas tachas por malicia, ni con ánimo de infamar á los testigos, sino únicamente por convenir así á mi defensa. Por tanto,
A vd. suplico, etc.

(El lugar, la fecha y las firmas del abogado y de la parte.)

La protesta sirve para libertarse de la pena de calumniador en caso de no probarse las tachas.

El interrogatorio dirá poco mas ó menos:

“Interrogatorio al tenor del cual han de ser examinados los testigos D. Fulano y D. Mengano, en tal negocio.”

- 1.º Digan las generales de la ley.
- 2.º Digan (por ejemplo) si es cierto que D. Fulano lleva íntima amistad con D. N.
- 3.º Digan si es cierto que dicho D. Fulano ha vivido con el citado D. N. temporadas enteras,

y que acompaña siempre á todas partes á su familia.

4.º Digan si es cierto que el referido D. Fulano, corre con casi todos los negocios de la casa de D. N., y que suele aun presentarse en juicio en nombre de aquel.

5.º Digan, etc. . . .

6.º Digan de público y notorio en lo que toque al caso.

El lugar y la fecha. Firmas de la parte y su abogado.

Del escrito referido y del interrogatorio se da traslado á la otra parte para que diga si son ó no admisibles las tachas, y oponga á los testigos de la contraria las que acaso tengan. Dicha parte, ó contesta dentro de tres ó no; en el primer caso se dan por admitidas las tachas, decretándolo así el juez; en el segundo caso, se admiten ó nó segun lo que diga la oposicion, y si se admiten se recibe el juicio á prueba por un término arbitrario, que no debe pasar de la mitad del concedido para la prueba del negocio principal, y de cuyo término no se da restitucion ni á los menores. (L. 1, tit. 12, N. Rec.; art. 347, l. de 29 de Noviembre de 1858).

Las tachas pueden recaer sobre las personas de los testigos, sobre sus dichos ó sobre su exámen.

Sobre las personas cuando son inhábiles absolutamente para testificar en todo género de causas, ó relativamente en aquella de que se trata, según lo que hemos dicho al hablar de los que pueden ser testigos. Sobre sus dichos por no haber dado la razon de ellos, ó por ser oscuros, contradictorios, inciertos, vacilantes, inverosímiles, falsos, singulares, inconducentes al hecho litigioso, fuera de lo articulado, ó acerca de lo que no se les tomó juramento. Sobre su exámen por haberse hecho sin las debidas formalidades, en presencia de otros y no en secreto con separacion, sin preceder juramento y citacion de la parte contraria, fuera del término competente, ó despues de hecha publicacion, ó por persona que carecia de jurisdiccion, etc.

Para que se admitan las tachas, es necesario:
1.º Que no sean generales sino especiales y bien determinadas; de modo que si á un testigo se opone la tacha de falsario, se ha de expresar en qué punto y tiempo dijo falso testimonio; si la de homicida alevoso, á quién mató, cómo y en qué sitio; si la de perjurio, en qué caso, lugar y tiempo, y por qué razones se perjuró, y así las demás. 2.º Que se pongan dentro el término preciso de seis dias despues de la publicacion de probanzas. 3.º Que el que las alega proteste y jure no ponerlas de malicia ni con ánimo de infamar al testigo, sino úni-

camente por convenir á su defensa; pues de esta suerte, no habiendo malicia, no se tendrá por calumniador, según dije ya, aunque no justifique la tacha. (L. 2, tít. 12, lib. 11, Nov. Rec.; conde de la Cañada, juic. ejec. part. 1, cap. 10, desde el número 40).

Cuando los testigos son inhábiles, por ejemplo, cuando se presenta un menor ó un loco, el juez los desecha de oficio. (Cur. Filip., part. 1, § 17, nn. 14 y 15).

Los testigos que se presentan para la prueba de las tachas, no pueden ser tachados á su vez, pues seria proceder hasta lo infinito, y por lo mismo se deben presentar aquellos cuyos testimonios sean irrecusables.

Concluida la prueba del juicio de tachas, se hace publicacion, y debe tenerse presente que en este juicio no recae sentencia, de manera que las pruebas solo sirven para ilustrar al juez al dar la sentencia en el negocio principal. Concluida esta última publicacion de probanzas, se conceden quince dias á cada parte para alegar de bien probado. (L. de 29 de Nov. de 1858, art. 346).

CAPITULO XXII.

DE LOS ALEGATOS DE BIEN PROBADO.

Hemos dicho al fin del capítulo anterior, que
P. 18.

concedida y concluida la última publicacion de probanzas, es decir, la de tachas, si las hubo, se concede á las partes un nuevo término de quince dias, á fin de que aleguen de bien probado.

Para esto se entregarán los autos, primero al actor, y presentando éste su alegato dentro de los quince dias indicados, se pasan los autos al demandado, que tiene otros quince dias para alegar de bien probado.

El objeto del alegato de bien probado, es manifestar que las pruebas que uno rindió, son buenas é irrecusables, y que las de la otra parte, al contrario, no han podido probar cosa alguna ó no vienen al caso. De manera que el alegato de bien probado, viene á ser una especie de esposicion de los fundamentos ó pruebas presentadas, y en que el actor hace estribar sus derechos y acciones, ó en que el demandado apoya sus excepciones y defensas.

Todavía en el alegato de bien probado, pueden los litigantes robustecer mas sus pruebas con nuevas deducciones y asertos, y uno de los objetos principales de este escrito, es procurar poner de manifesto y hacer que conste de un golpe que todas las pruebas del contrario están destruidas.

Como este alegato es, por decir así, el último esfuerzo que hacen los litigantes para defenderse

pues ya dista poco la sentencia, suele suceder que el amor propio pierde aquella urbanidad y delicadeza que debiera caracterizarle; cosa que principalmente acontece quando hay pocos fundamentos en la causa que se defiende; y entonces, en vez de que el alegante funde sus pruebas rendidas, por medio de razones logicas y concluyentes, destruyendo las de su adversario, salen á la palestra aquellas espresiones inmoderadas que son hijas de una pasion exaltada. ¿Qué deberá esperarse entonces de un abogado que en vez de cumplir su mision de sostener y defender la justicia, se lanza frenético á insultar á su adversario en presencia del juez? Es de observarse que los abogados que defienden una mala causa, son los que á falta de buenas razones en que fundarla, usan frases ordinarias y espresiones indignas, y que el defensor de una causa verdadera y justa, no tiene en sus labios mas que un lenguaje lógico, sério y lleno de urbanidad, aunque muy concluyente. De manera que las insolencias é insultos, en todo caso, mas bien inducirían en contra del altanero y á favor del abogado estrieto, llegado el caso de pronunciarse la sentencia.

Los escritos de alegato de bien probado, son por lo comun muy estensos, y no debe llamar esto la atencion, si se considera que en el alegato se van

examinando una por una todas las pruebas rendidas en el juicio, lo cual exige mucha detencion. Pondremos un ejemplo sencillo para que acabe de formarse una idea de él.

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, en los autos promovidos por mí contra D. Mengano, sobre pesos, supuesto su estado de alegarse de bien probado y salvar las protestas oportunas, ante vd., digo: que las pruebas rendidas por mi parte en este negocio, y para apoyar mi accion, han cumplido debidamente su objeto, y son de todo punto irrecusables. Muestra palpable de esta verdad, es que mi adversario no ha podido destruir dichas pruebas, y aunque intentó tachar mis testigos, falló en su tentativa, y vd. desechó de oficio los que él presentaba para poner tachas á los míos, atendida la palpable ineptitud de aquellos. Mi contrario nada ha podido contestar á los documentos que he presentado ni á las informaciones que se han rendido por mi parte, y aunque trató de destruir la fuerza de una carta escrita por él mismo negando su firma, hubo por fortuna dos testigos que le vieron poner dicha firma, y que así lo han declarado conforme á derecho.”

“Tocábame ahora demostrar la ineptitud é inconducencia de las pruebas rendidas en este juicio por mi contrario; pero es tan manifiesta la inhabilidad de ellas, los testigos presentados por su parte son tan indignos de fe, como lo he probado en las tachas que les puse; y las razones todas que da dicho mi contrario, son tan escasas de fundamento y tan llenas de variedades y de injurias tan solo, que me abstengo de emprender esta inútil tarea, dejando este exámen á la ilustracion y rectitud del señor juez.”

“Pido en consecuencia, que se tenga por bien probado mi derecho, y que al Sr. D. N. se le condene al pago de la cantidad de tanto que me adeuda, con mas las costas todas que resultaren de este litigio, siendo claramente notoria su temeridad.”

“A vd. pido, etc....”

(El lugar, la fecha y las firmas del abogado y de la parte, etc).

Quando el alegato es estenso, como generalmente sucede, se pone el escrito bajo el siguiente plan que comprende cinco puntos:

- 1.º El pedimento que dirá así poco mas ó menos:

Señor juez tantos:

Fulano, en los autos tales y cuales, supuesto el estado de alegarse de bien probado, digo: que habiendo sido inútiles las tentativas y pruebas de la parte contraria para probar sus escapciones, y siendo terminantes e incontestables las pruebas que yo he presentado en apoyo de mi demanda, la rectitud de vd. se ha de servir declarar que D. Mengano está obligado á tal y cual cosa, por ser así justísimo, como lo paso á demostrar.

2.º Aquí se recorren detenidamente las pruebas que presentó la parte contraria, procurando destruir la fuerza de las mas enérgicas y haciendo resaltar la debilidad de las de menor categoría; teniéndose gran cuidado de presentar á lo último de este punto, el exámen e impugnacion de las pruebas mas débiles, partiendo siempre de las de mayor categoría á las de menor.

3.º Recorrer aquí con suma atencion las pruebas presentadas por la parte que alega, comenzando siempre por apoyar primero lo mas que se pueda á las débiles, segun el orden de su categoría, y concluyendo por realzar en el mismo orden las mas enérgicas.

4.º Hacer un ligero resumen del contenido del alegato, cuyo resumen será estrictamente ló-

gico y formulado por el menor número posible de proposiciones terminantes.

5.º Se concluirá el alegato repitiendo el pedimento del principio.

Hemos visto que se concede á las partes el plazo de quince dias á cada una para formar los alegatos de bien probado; pero en caso necesario, el juez podrá prorogar este plazo por otros quince dias. (L. de 29 de Noviembre de 1858, art. 346.

CAPITULO XXIII.

DE LA SENTENCIA.

Presentados los alegatos de bien probado, se cita para sentencia, pues entonces se dice que están concluidos los autos, en atencion á que ya n) pueden decir mas las partes. (L. de 29 de Noviembre de 1858, art. 352). El auto que recae citando para sentencia, dice así: "Por conclusiones citadas las partes;" ó "Dése cuenta con citacion;" ó "Autos, citadas las partes" Este último proveido es el mas comun.

Se llama sentencia, la legítima decision del juez sobre la causa controvertida ante él. La sentencia se divide en interlocutoria y definitiva: la primera es la que recae sobre un punto que es incidente del negocio principal: por ejemplo, la que

termina ó decide los artículos de las excepciones dilatorias: la sentencia definitiva es la que recae sobre el negocio principal y corta de raíz el pleito: así es definitivo el auto por el que se manda entregar una cosa que se ha probado deberse en el juicio, y que se cobra por medio de la demanda principal.

La sentencia interlocutoria puede revocarse por el mismo juez que la dió, por contrario imperio: así un juez que haya negado un trámite, puede concederlo luego á petición de la parte; pero la sentencia definitiva no puede ser revocada por el mismo juez que la dió, y solo podrá enmendarla en cosa no esencial, ó aclararla, antes de que pase el término dentro del cual se puede apelar. Hay sin embargo dos casos en que puede revocarse la sentencia definitiva por el mismo juez que la dió: el primero tiene lugar cuando se había pronunciado en virtud de instrumentos ó testigos falsos, (L. 13, tit. 22, P. 3), en cuyo caso, dice la ley (l. tit. 26, P.), que "viniendo la parte que se tuviere por agraviada delante del juez, estando delante la parte por quien fué dado el juicio, ó faciéndolo emplazar é deve pedir al juez como en manera de restitucion que desate aquel juicio porque fué dado por falsos testigos, ó por falsas cartas. E pro-

vocándolo así, devalo revocar el juez." Y aunque en la ley siguiente á la citada, se repite que la revocacion se puede hacer por el mismo juez, se añaden estas palabras: "ó otro su mayoral," entendiéndose la revocacion á todas las consecuencias de la sentencia, y pudiéndose intentar dentro de veinte años, contados desde el dia que se dió; aunque en el dia debe considerarse este caso como uno de tantos de restitucion; y por lo mismo, es de creerse que la duracion de la accion siga la regla general para toda restitucion. El segundo caso en que puede revocarse la sentencia definitiva por el mismo juez que la dió, tiene lugar cuando condena á multa ó pena pecuniaria á alguno tan pobre que no tiene con qué pagar, pues podrá mudar la sentencia remitiéndole la pena, (L. 4, tit. 22, P. 3).

Pero es de advertir que solo podrán ser revocados los autos interlocutorios por el mismo juez que los dió, siempre que no tengan fuerza de definitivos, es decir, siempre que no causen gravámen irreparable, pues de lo contrario, no podrán revocarse: así, por ejemplo, no podrá ser revocado por el mismo juez que lo dió, un auto en que dicho juez no se da por recusado, puesto que trae gravámen irreparable y tiene en consecuencia fuerza de definitivo.

Para que la sentencia definitiva sea válida, es necesario que sea conforme á la demanda en la *cosa*, en la *causa* y en la *accion*; que la pronuncie un juez competente, prévia citacion de las partes, que se ponga por escrito en los autos y esté firmada de puño y letra del mismo juez; que se dé en día no feriado, salvo caso urgente; que se notifique el día; que recaiga sobre pleito contestado, es decir, en que se hayan guardado las solemnidades principales de emplazamiento, prueba y citacion, y que el juez esté en su tribunal. Si la sentencia definitiva versa sobre accion, deberá abrazar la cosa y sus frutos.

(Febrero de Tápia, tom. 4, cap. 15, nn. 5 y 6; LL. 16, 12 y 5, tít. 22, P. 3, 1, 5; tít. 26, P. 3, y leyes 2 y 6, tít. 10, lib. 11 de la N.)

En toda sentencia definitiva deberá condenarse en costas al litigante que haya sido temerario, y en caso de duda, serán condenadas ambas partes por mitad. La temeridad de los litigantes no se conoce porque hayan perdido el pleito, sino porque no hayan tenido justa causa para litigar. (L. 8, tít. 22, P. 3 y su glosa).

La sentencia interlocutoria se pronunciaba antes dentro de tres dias, y hoy dentro de ocho; y la definitiva antes se pronunciaba dentro de ocho dias, y hoy dentro de veinte. (Art. 18, cap. 2 del

decreto de 9 de Octubre de 1812, art. 352 y 353 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

Si por alguna causa no se pronunciaren las sentencias dentro de los términos señalados anteriormente, el juez lo hará constar en autos para el efecto, de que tomándola en consideracion el tribunal superior, determine precisamente en la sentencia de vista, si el juez ha incurrido en responsabilidad por haber dejado trascurrir el término, en cuyo caso le hará la demostracion que corresponda. En los negocios cuya sentencia no admita apelacion, el juez ejecutado que sea el fallo, remitirá los autos al superior para el efecto indicado. (Art. 348 de la última ley citada).

Pondré ejemplos de todas las sentencias, para que se comprenda mejor lo dicho.

Ejemplo de una interlocutoria que no tiene fuerza de definitiva:

Aquí el lugar y la fecha.

“Atendidas las razones que espone la parte tal, se difiere la junta que se habia señalado para tal día, y se verificará en tal otro. Lo proveyó el Sr. juez D. Fulano.

M. Media firma del juez. Firma del escribano.

Las fechas van siempre á la cabeza del auto.

Ejemplo de un interlocutorio con fuerza de definitiva:

Aquí el lugar y la fecha.

“Se declara en virtud de tal ley, inapelable el auto de tal fecha. Así lo proveyó, etc.”

M. Media firma del juez. Firma del escribano.

Ejemplo de una sentencia definitiva:

Aquí el lugar y la fecha.

“Vistos estos autos promovidos por D. Fulano de tal contra D. N., sobre pesos; la demanda del actor y la escritura en que la apoya, así como los demás documentos conducentes; la contestacion del demandado D. N., y las excepciones y defensas en que las apoya; el resultado de la junta, en que aunque se procuró el avenimiento, no lo pudo haber; las pruebas rendidas por una y otra parte los alegatos de ambos litigantes, y cuanto consta en autos y ver convino; y considerando: que la cláusula tal de la escritura pública otorgada en tal fecha por el escribano X está terminante, por lo que mira al punto en cuestion; que en la contestacion de la demanda se alegan excepciones sin fuerza, y que en manera alguna destruyen la accion intentada en dicha demanda, pues hay tal ó cual circunstancia; que las pruebas rendidas por la parte actora son concluyentes y demuestran

palpablemente su derecho, mientras que la otra parte no rindió casi ningunas, y las que rindió fueron tan débiles é ineficaces, que no apoyaron sus excepciones, se debía declarar y se declara, conforme á la ley tal y á la otra cual, que D. Fulano de tal está obligado á entregar tal cosa, ó á pagar tal cantidad, condenándosele tambien en las costas por litigante temerario. Así definitivamente juzgando lo proveyó, mandó y firmó el Sr. juez de estos autos, y tantos de lo civil D. Fulano de tal. Doy fe.

F. Firma del juez. Firma del escribano.

Se ve, pues, de estos tres ejemplos de sentencias distintas, que en todos ellos va la fecha arriba, y que en los interlocutorios, sea que tengan fuerza de definitivos ó que no la tengan, no hay mas que media firma del juez; pero la sentencia definitiva debe llevar siempre la firma entera del juez, lo cual indica la F. que está al márgen, así como la M significa media firma. La razon de esta diferencia, consiste en la mayor ó menor importancia del auto.

Debe la sentencia para ser válida, además de tener los requisitos enunciados antes, espresar las leyes en que funda la decision judicial, pues por decreto de 18 de Octubre de 1841, se mandó que

todos los tribunales y juzgados, tanto civiles como militares y eclesiásticos, de cualquiera clase y categoría, estén obligados á espresar la ley, canon ó doctrina en que fundan sus sentencias definitivas ó interlocutorias que tengan fuerza de definitivas.

La sentencia definitiva, ó absuelve del cargo ó solo de la instancia. Se dice que absuelve del cargo, cuando el demandado queda libre de la obligación que se creía tener, y no se le puede remover pleito sobre ella: se dice que absuelve solo de la instancia, cuando el demandado queda libre por entonces de la obligación que se creía tener, pero se le puede volver á mover pleito sobre ella.

Algunos autores califican el mandamiento como un género especial de sentencia y otros no la califican de sentencia. Nosotros creemos que el mandamiento no es mas de un auto interlocutorio que no trae gravámen irreparable; y cuando hay mandamiento en una sentencia definitiva, quiere decir, que no es é la misma sentencia definitiva, sino que va agregado á ella; porque el mandamiento no es lo que dirime la disputa, sino la sentencia.

CAPITULO XXIV.

QUE COSA SEA APELACION, ANTE QUIEN Y COMO SE INTERPONE.

Pronunciada la sentencia definitiva, queda en ciertos casos á la parte contra quien se pronunció, el recurso de apelacion. Se llama apelacion el recurso que se hace del juez inferior al superior para que revoque la sentencia dada en primera instancia. La voz apelacion, viene de apelar, es decir, llamar, porque en realidad se llaman los autos para que los vea el superior.

El resultado de un juicio no presenta jamás una evidencia física sino moral, y por consiguiente, puede haber lugar al error por malicia ó ignorancia, siendo esta la razon porque las leyes conceden en ciertos casos el recurso de apelacion á la parte que se cree agraviada por la sentencia; para que de este modo queden conformes y satisfechos los interesados en el litigio, viendo que por el juicio de muchos jueces se declara su justicia.

En la apelacion hay que considerar: 1.º quiénes pueden apelar. 2.º De quién y ante quién se debe apelar. 3.º De qué sentencias se puede

todos los tribunales y juzgados, tanto civiles como militares y eclesiásticos, de cualquiera clase y categoría, estén obligados á espresar la ley, canon ó doctrina en que fundan sus sentencias definitivas ó interlocutorias que tengan fuerza de definitivas.

La sentencia definitiva, ó absuelve del cargo ó solo de la instancia. Se dice que absuelve del cargo, cuando el demandado queda libre de la obligación que se creía tener, y no se le puede remover pleito sobre ella: se dice que absuelve solo de la instancia, cuando el demandado queda libre por entonces de la obligación que se creía tener, pero se le puede volver á mover pleito sobre ella.

Algunos autores califican el mandamiento como un género especial de sentencia y otros no la califican de sentencia. Nosotros creemos que el mandamiento no es mas de un auto interlocutorio que no trae gravámen irreparable; y cuando hay mandamiento en una sentencia definitiva, quiere decir, que no es é la misma sentencia definitiva, sino que va agregado á ella; porque el mandamiento no es lo que dirime la disputa, sino la sentencia.

CAPITULO XXIV.

QUE COSA SEA APELACION, ANTE QUIEN Y COMO SE INTERPONE.

Pronunciada la sentencia definitiva, queda en ciertos casos á la parte contra quien se pronunció, el recurso de apelacion. Se llama apelacion el recurso que se hace del juez inferior al superior para que revoque la sentencia dada en primera instancia. La voz apelacion, viene de apelar, es decir, llamar, porque en realidad se llaman los autos para que los vea el superior.

El resultado de un juicio no presenta jamás una evidencia física sino moral, y por consiguiente, puede haber lugar al error por malicia ó ignorancia, siendo esta la razon porque las leyes conceden en ciertos casos el recurso de apelacion á la parte que se cree agraviada por la sentencia; para que de este modo queden conformes y satisfechos los interesados en el litigio, viendo que por el juicio de muchos jueces se declara su justicia.

En la apelacion hay que considerar: 1.º quiénes pueden apelar. 2.º De quién y ante quién se debe apelar. 3.º De qué sentencias se puede

apelar. 4.º Dentro de qué término se debe interponer el recurso; y 5.º De qué manera se debe interponer la apelacion.

En cuanto á lo primero, debemos decir que generalmente apela el que se cree agraviado de una manera directa por la sentencia; y que hay veces en que pueden apelar aun los interesados indirectamente por ella, como el fiador, de la sentencia dada contra el deudor, y el legatario, de la sentencia dada contra el heredero.

Hay una cuestion respecto á si los apoderados puedan apelar por sus poderdantes, aun cuando no se espese esta facultad en el poder. Para evitar disputas, sin embargo, se acostumbra hoy decir en el poder, que se conceden al apoderado facultades para seguir el negocio en todas sus instancias; y en caso de no estar puesta así la cláusula, y que se ofrezca la dificultad, debe uno atenerse á la ley posterior de las dos que parecen contradecirse, y cuya ley diga que puede el apoderado seguir la apelacion, aunque no se le haya otorgado poder para hacerlo. (Ley 3, tit. 23, P. 3), y deberá dar parte de haber apelado á quien le haya conferido el poder.

Pasemos al segundo punto. Se debe apelar del juez inferior al superior en el grado inmediato, porque si se salta uno un grado, se proveerá que

acuda la parte á quien corresponde, (L. 4, tit. 23, P. 3), y si la interpone ante el juez inferior, no se admite absolutamente. En el dia, todo el que no se confirma con la sentencia, dice que apela, y hecha saber esta respuesta al mismo juez que conocia del negocio, él mismo califica si puede ó no concederse la apelacion, y si se puede, remite los autos al superior correspondiente, avisánolo á las partes para que vayan allí á seguir la apelacion de modo que no hay peligro de equivocarse ni de saltar grados.

Sobre el punto tercero diremos que se puede apelar de las sentencias definitivas y de las interlocutorias con fuerza de definitiva, (LL. 13, tit. 23, P. 3, y 23, tit. 10, lib. 11 de la N., y art. 359 de la ley de 29 de Noviembre de 1858); pero no se puede apelar de las simplemente interlocutorias.

De manera que no podrá apelarse, por ejemplo, de un auto interlocutorio en que el juez manda diferir la práctica de una junta que estaba aplazada para cierto dia; pero sí podrá apelarse de un auto en que el juez haya dado al negocio un trámite que no le corresponde, como si manda examinar simples testigos despues de hecha la publicacion de probanzas, ó manda un traslado que debia mandar correr; y podrá tambien apelarse de
p. 19.

todas las sentencias que disuelven la disputa principal del negocio, siempre que á mas del requisito de causar gravámen irreparable, reúnan el de representar el negocio sobre que recaen, el interés pecuniario que demarca la ley.

Hemos dicho al hablar de los juicios verbales, que de las sentencias dadas en ellos no se admite apelacion ni mas recurso que el de responsabilidad. Es así que en estos juicios verbales, el mayor interés pecuniario no pasa de trescientos pesos. Luego toda cuestion judicial que pase de esta suma, se ventilará en juicio escrito, y comienza á considerarse para el recurso de apelacion; y es muy digno de observarse que si al principio ó en el curso de un negocio ordinario en que se versen poco mas de trescientos pesos, el juez pone un auto que decida escepcion de declinatoria ó de falta de personalidad, se podrá apelar; y no cabrá apelacion, sin embargo, de la sentencia final que termina el negocio declarando si se deben ó no los trescientos y tantos pesos, pues la ley demarca que para que pueda apelarse de una sentencia definitiva, es preciso que el interés del negocio represente cuando menos un valor pecuniario de mil pesos.

La razon de esto, que parece una inconsecuencia, consiste en que en el primer caso, es decir, cuando

el juez decidia una escepcion de declinatoria ó falta de personalidad, faltaba terminantemente á la prevencion espresa de la ley, y el juicio perdía su carácter, pudiéndose esto remediar con la apelacion al superior, quien corregiria el absurdo; y en el segundo caso, es decir, al declarar ya si se debian ó nó los trescientos y tantos pesos; como se supone que el juicio habia seguido sus trámites regulares, no se concede apelacion de la sentencia final por representar el pleito un interés insignificante, y en obsequio del interés comun que hay en disminuir los pleitos y pasos judiciales. Es decir, en resúmen, que en el primer caso se trataba de remediar una cosa que despues no podría repararse, y en el segundo, la presuncion toda está á favor del juez que previos los requisitos legales dió su sentencia, en cuyo último caso quedará solo el recurso de nulidad en ciertas ocasiones que marca la ley.

Toda esta esplicacion anterior y su resolucion, se funda en las leyes antiguas y en el art. 360 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, cuyo artículo dice á la letra:

“En los juicios ordinarios, los autos interlocutorios que deciden las escepciones de declinatoria de jurisdiccion ó personalidad legítima de las partes, son apelables en ambos efectos, aun cuando

la primera sentencia cause ejecutoria por razon del interés."

Es de observarse aquí, ya que no lo dije al hablar de los juicios verbales, que por el reglamento antiguo y vigente del tribunal mercantil, los negocios mercantiles cuyo interés no pase de quinientos pesos, se ventilan en juicio verbal, y pasando de esa suma, en juicio escrito.

He aquí la regla para saber qué sentencias definitivas son apelables en el día:

En los juicios de propiedad, plenarios de posesion, y en cualquiera otro civil en que el interés que se dispute no excediere de mil pesos, la sentencia de primera instancia causa ejecutoria, quedando á las partes el recurso de nulidad para ante el tribunal superior, cuando se hubiere contraenido á las leyes del proceso. (Art. 358 de la última ley citada).

Pasando á lo cuarto, diremos que la apelacion de la sentencia definitiva se interpondrá en el acto de la notificacion, ó por escrito, dentro de cinco dias despues de hecha. El término para apelar por escrito de las sentencias interlocutorias, será el de tres dias, si no se hubiere interpuesto el recurso en el acto de la notificacion. (Art. 354 de la ley de 29 de Noviembre citada).

Acerca de lo quinto, diremos que la apelacion

regularmente se interpone de palabra, al tiempo de hacerse la notificacion de la sentencia, y el escribano la asienta en la misma notificacion, en estos términos poco mas ó menos:

"En tal dia y fecha, presente en su casa el Sr. D. Fulano de tal, le hice saber el auto anterior, y enterado, dijo: que lo oye, y que, hablando con el debido respeto, apela de dicho auto, y firmó: doy fe."

"Firma del apelante." "Firma del escribano."

Pero tambien se puede interponer la apelacion dentro del plazo respectivo, ya sea la sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva, ó definitiva, por medio de un escrito que dirá poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, en los autos tales y cuales, supuesto su estado de haberse pronunciado ya sentencia, ante vd., salvas las protestas oportunas, digo: que encontrándome agraviado por dicha sentencia pronunciada en tal fecha, que falló el negocio condenándome á tal ó cual cosa, y siendo este caso de aquellos en que las leyes conceden el recurso de apelacion, me valgo de dicho recurso, y hablan-

do con el debido respeto, apelo de dicha sentencia. Por tanto,

A vd. suplico se sirva admitirme la apelacion, pues es justicia que juro, etc."

CAPITULO XXV.

QUE COSA SEA SENTENCIA EJECUTORIADA EN PRIMERA INSTANCIA, Y CÓMO SE DECLARA LA SENTENCIA PASADA EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA.

Si no puede apelarse de la sentencia de primera instancia porque el interés del negocio no exceda de mil pesos, esta sentencia se dice ejecutoriada, es decir, que causa ejecutoria, y que ya no queda contra ella mas que el recurso de nulidad. (Art. 358 de la ley de 29 de Noviembre citada).

Si no se apela de la sentencia dentro del término de cinco días despues de pronunciada, se entiende renunciado el recurso, adquiere dicha sentencia fuerza de cosa juzgada, y ya no queda asimismo para revocarla, mas que el recurso de nulidad en ciertos casos señalados por las leyes.

Para que la sentencia se declare pasada en autoridad de cosa juzgada, la parte que obtuvo presenta un escrito, concebido en estos términos ó otros semejantes:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, en los autos tales y cuales, supuesto su estado de haberse pronunciado ya sentencia definitiva, ante vd., como mejor proceda, digo: que vd. se sirvió declarar por auto definitivo de tal fecha, que ni contrario el Sr. D. N. estaba obligado á tal y cual cosa; y como se ha pasado ya el término que conceden las leyes para interponer el recurso de apelacion, á vd. suplico se sirva declarar renunciado dicho recurso, y que la sentencia se tenga por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Por tanto,

A vd. suplico, etc."

(LL. 19, 20 y 21, tit. 22, P. 3).

Se corre traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que conteste, ó acusándola rebeldía, en caso de no hacerlo dentro de tres días, cita el juez autos en artículo, y declara si se ha de tener ó no por renunciado el recurso, pues podría suceder que en virtud de algun impedimento legal no hubiera podido el interesado interponer á tiempo el recurso.

Tambien se dice pasada en autoridad de cosa juzgada, la sentencia, cuando la parte que apeló se deserta del recurso ó desista de él, como veremos al hablar de la desercion de la apelacion.

CAPITULO XXVI.

DE LA CALIFICACION DEL GRADO Y DE LOS EFECTOS
DE LA APELACION.

Hemos visto ya cómo la apelacion se interpone ante el mismo juez que dió la sentencia, y que se llama juez á quo, y ahora decimos que el recurso no se interpone para que el mismo juez revise su sentencia, sino para que con arreglo á la ley, declare si es apelable ó no esa sentencia, y el superior no sea molestado de valde en multitud de casos. Esta declaracion del juez inferior sobre si es apelable ó no su auto, es lo que se llama calificacion del grado.

Luego que se presenta al juez inferior la nota de apelacion, corre traslado de ella á la otra parte, para ver si se adhiere ó se opone al recurso, y con lo que ésta diga dentro de tres dias, ó acusándola rebeldía, en caso de estarse callada, cita autos en artículo; y falla si es apelable ó no su auto, poniendo el proveido en esta forma: "Se declara apelable el auto de tal fecha, y se concede la apelacion en ambos efectos (ó solo en el devolutivo). En consecuencia, remítanse estos autos á la suprema corte de justicia, (tribunal superior, ó á quien corresponda), prévia citacion de las

partes." O si no dirá: "Se declara inapelable el auto de tal fecha; y en tal virtud, procédase á la ejecucion de la sentencia."

Este procedimiento se funda en las leyes y práctica antiguas, y en el art. 357 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, cuyo artículo dice á la letra:

La calificacion del grado de apelacion, así en la sentencia definitiva como en la interlocutoria, se hará prévio el correspondiente artículo, á cuyo efecto se correrá traslado por tres dias, y admitida lisa y llanamente en todas las causas en que segun las leyes deba tener lugar en ambos efectos: se remitirán al tribunal superior los autos originales á costa del apelante, prévia citacion de los interesados, para que dentro del término que el juez señale, atendidas las distancias, acudan á usar de su derecho. Pero si dicho recurso se admitiere solo en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, no se verificará aquella remision, sino hasta despues de ejecutada la providencia, no obstante cualquiera práctica en contrario.

La apelacion produce los efectos devolutivo y suspensivo: el efecto devolutivo consiste, segun la ley y la opinion de los autores, en el conocimiento que la superioridad toma de la causa, despues de ejecutarse la sentencia de primera instancia; y el efecto suspensivo, consiste en el conocimiento que

la superioridad toma de la cause, quedando suspensa la sentencia y todos los actos del juez inferior, hasta la decision del juez superior. (L. 22, tít. 20, lib. 11 Nov. Rec.)

Como entre ejecutar la sentencia y suspender la sentencia hay una notoria contradiccion, parece un absurdo decir que hay casos en que la apelacion se concede en ambos efectos. Esto proviene sin embargo, de la mala inteligencia que se ha dado á la palabra *devolutivo*, que lo único que quiere decir realmente, es que se devuelven los autos á la superioridad para que conozca de ellos en segunda instancia; porque se finge que al interponerse la apelacion pasaron desde luego los autos al juez superior, que vuelven luego al inferior para que califique el grado, y que por último se devuelven á aquel.

De modo que en realidad, siempre que se concede la apelacion es en el efecto devolutivo, porque siempre se finge que los autos se devuelven á la superioridad; pero lo que sucede es que unas veces se concede la apelacion en el efecto *devolutivo ejecutivo*, lo cual tiene lugar cuando se ejecuta desde luego la sentencia, y ya ejecutada van los autos al superior, y otras se concede en el efecto *devolutivo-suspensivo*, que es cuando se suspen-

de la ejecucion de la sentencia y los autos se devuelven al superior.

A esto equivale, y nada mas, el decir que la apelacion se concede en el efecto devolutivo, ó en ambos efectos. De manera que los autores, cuando dicen que la apelacion se concede en el efecto devolutivo, toman esta palabra en su doble significacion, es decir, devolviéndose los autos al superior y ejecutándose la sentencia; y cuando dicen que la apelacion se concede en ambos efectos, solo dan á la palabra *devolutivo* su primer significado, es decir, que se devuelven los autos; y de otra manera resultaria una absurda contradiccion.

Para saber cuándo se ha de conceder la apelacion en el efecto devolutivo-ejecutivo, (es decir, solo en el devolutivo), y cuándo en el devolutivo-suspensivo, (es decir, en ambos efectos), establecen los autores la siguiente regla: Si el daño que se habia de seguir al apelante y al público, de no concederse la apelacion en el efecto devolutivo-suspensivo, es mayor que el que se seguiria á la parte que obtuvo, se concederá la apelacion en dicho efecto devolutivo-suspensivo; y si la parte que obtuvo y el bien público sufrieren mas perjuicio que el apelante, de concederse dicha suspension, no tendrá lugar entonces el efecto devolutivo-suspensivo, y solo tendrá lugar el efecto de-

volutivo-ejecutivo; ó lo que es lo mismo y en el lenguaje comun: en el primer caso, se concederá la apelacion en ambos efectos, suspendiéndose la ejecucion de la sentencia, y en el segundo caso se concederá la apelacion en el efecto devolutivo, ejecutándose desde luego la sentencia. Esta regla que he asentado es del conde de la Castiada.

Como se comprende mejor esta regla, es comparándola con dos ejemplos: ejemplo del primer caso puede ser la sentencia dada en un juicio ordinario, y en la que se ha declarado que Fulano debe, supongamos, dos mil pesos. Al apelarse de esta sentencia, es mayor el daño que resultaria al apelante y á la causa pública, de no concederse la apelacion en el efecto devolutivo-suspensivo, (es decir, en ambos efectos), que el que pudiera seguirse á la parte que obtuvo; porque si se concediera solo en el efecto devolutivo, es decir, si se procediera desde luego á la ejecucion de la sentencia, el declarado deudor tendria que contraer compromisos para hacer un pago que despues puede declararse que no debe, y del que le pueden resultar perjuicios irreparables, cosa que tambien perjudica al bien público interesado en la seguridad de los derechos. De manera que en este caso, la apelacion se concederá en el efecto devolutivo-suspensivo, ó como dicen los autores, en

ambos efectos, y nada importa que la parte que obtuvo se espere un poco, hasta que la sentencia dada á su favor se confirme ó revoque. Puede servir de ejemplo para el segundo caso, la sentencia de á quién pertenecen las mieses de una cosecha que está á punto de levantarse. En este caso es mucho mayor el daño que resultaria á la parte que obtuvo, y al público, de concederse la apelacion en el efecto devolutivo-suspensivo, (es decir, en ambos efectos), que el que pudiera resultar al apelante; porque el bien público y aquella parte, sufriran una gran pérdida, dejando que las mieses se pudrieran en el campo mientras se confirmaba ó revocaba la sentencia, pudiendo esto causar á veces una carestia en los viveres, mientras que el apelante quedaria perfectamente asegurado, si se concediera la apelacion en el efecto devolutivo-ejecutivo, (es decir, solo en el efecto devolutivo), con la fianza que se da siempre que hay este efecto; y por lo mismo, en este caso la apelacion debe concederse en el efecto devolutivo-ejecutivo, ó como dicen los autores, solo en el efecto devolutivo.

Se puede establecer tambien como regla general, que en los juicios ordinarios, quando se concede la apelacion es en ambos efectos, es decir, en el devolutivo-suspensivo; y en los juicios ejecuti-

vos, sumarios y sumarísimos, cuando tiene lugar la apelacion, es en solo el efecto devolutivo, es decir, en el efecto devolutivo-ejecutivo.

Si alguna de las partes no se conformare con la calificación del grado hecha por el inferior, porque crea que debe concedérselle la apelacion en otro efecto distinto de aquel en que se concedió, puede apelar ante la superioridad, y el mismo juez inferior declarará si es ó no apelable el auto. Cuando se negare absolutamente la apelacion, se podrá intentar por la parte agravada el recurso de denegada apelacion. (Art. 356 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Se debe advertir aquí, que si el tribunal superior que ha de conocer de la apelacion, está distante del punto en que pasó la primera instancia del negocio, el juez, al admitir la apelacion en él, deberá señalar un término proporcionado á esa distancia al apelante para que vaya á mejorar su apelacion.

CAPITULO XXVII.

¿QUIEN ES EL SUPERIOR QUE CONOCE DEL RECURSO DE APELACION, Y QUE SE LLAMA "JUEZ AD QUEM."

El juez de quien se apela se llama "a quo", y aquel á quien se apela se llama "ad quem". He-

mos visto que el juez a quo, es el mismo inferior que conoció del negocio y pronunció la sentencia de primera instancia de que se apela: tócanos ahora decir quién es el juez ad quem, ó el superior que va á conocer del recurso de apelacion; y para esto no hay que atender sino á los artículos de las leyes vigentes que determinan á quién corresponde el conocimiento de las segundas instancias de los negocios. Desde la ley de 9 de Octubre de 1812, corresponde á las audiencias el conocimiento de los negocios civiles y criminales en segunda instancia, y nada se ha variado respecto de esto, si no es el nombre del tribunal, que hoy no se llama audiencia, sino tribunal superior en los estados, y tribunal supremo ó suprema corte de justicia en la capital; pues aunque ha habido épocas en que hubo en dicha capital un tribunal superior para las segundas y terceras instancias de los negocios comunes, y una suprema corte para casos especiales que demarcan las leyes, hoy la actual suprema corte ha reunido las facultades de tribunal superior y de tribunal supremo.

En virtud de las leyes antiguas, hemos visto que la segunda instancia de los negocios civiles toca en conocimiento al próximo superior, y lo mismo se establece por las leyes vigentes, que determinan con claridad quién deberá ser este próxi-

mo superior. Así el artículo 166 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, dice:

“Los tribunales unitario, y las salas segunda y tercera por turno de los colegiados, conocerán en segunda instancia de las causas civiles y criminales del fuero ordinario, pertenecientes á sus respectivos territorios. Y en la misma instancia, de las de responsabilidad de los subalternos de los juzgados de primera instancia.”

Esto es en cuanto á las segundas instancias de los negocios de los Departamentos de la República; en cuanto á las de aquellos cuyo conocimiento toca al tribunal supremo ó suprema corte de justicia, ya hemos visto al principio, al enumerar las facultades de este supremo tribunal, de qué negocios conoce y cómo deben repartirse éstos entre sus tres salas, debiendo yo observar ahora aquí en general, que las salas segunda y tercera conocen por turno de las segundas instancias de los negocios civiles que les corresponden en jurisdicción, según lo dicho antes en el lugar indicado, como se manda en los artículos 178 y 179 de la ley de 29 de Noviembre citada.

Hecha esta esplicacion, ya no será difícil conocer quién es el juez ad quem, ó lo que es lo propio, quién conoce de las segundas instancias de los negocios civiles que ocurran en nuestra República.

CAPITULO XXVIII.

DE COMO SE REMITEN LOS AUTOS AL SUPERIOR, Y DE LO QUE ESTE HACE CUANDO LOS RECIBE.

Calificado el grado, como hemos visto, por el juez mismo que conoció de la causa, y notificada, á ambas partes esta calificación, si el inferior concedió el recurso intentado, pone un oficio al secretario de la primera sala del tribunal superior ó del correspondiente, atendida la naturaleza del negocio, cuyo oficio irá poco mas ó menos en estos términos:

“Tengo la honra de remitir á vd, en las fojas que al margen se espresan, los autos promovidos por D. Fulano de tal contra D. N., sobre tal y cual cosa, esperando tenga vd. la bondad de acusarme el recibo correspondiente.”

“Dios y ley.... El lugar, etc.

Firma del juez.

“Señor secretario de la primera sala del tribunal superior (de donde fuere), (ó de la suprema corte de justicia).”

El timbre del papel en que va puesto el oficio indica cuál es el juzgado de donde se remiten los autos.

El secretario á quien fué el oficio, á la hora de dar cuenta en el tribunal, lo presenta con los autos referidos, y el presidente provee en el mismo oficio del juez inferior: "A la sala que corresponda en suerte," ó "A la sala que corresponda en turno," segun lo determina la ley vigente. Hace la rifa el secretario, ó entrega los autos á la sala que corresponda en turno, y pone una nota diciendo á quién toca conocer del negocio. Entonces la sala á quien tocó el negocio, provee: "Al apelante para que espese agravios." Pone el recibo el secretario para el juez inferior, y se entregan los autos al apelante para que espese agravios.

CAPÍTULO XXIX.

DEL ESCRITO DE ESPRESION DE AGRAVIOS EN QUE SE MEJORA LA APELACION.

Entregados los autos al apelante, presentará, dentro del término de seis dias, su escrito de *espresion de agravios*, llamado así porque en él espresa los agravios que le hace la sentencia de primera instancia, y en esto consiste la mejora de la apelacion. (Art. 361 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.) El escrito dirá sobre poco mas ó menos:

Espresa agravios.—"Exmo. Sr.—Fulano de tal, en los autos tales y cuales, ante V. E., salvas las protestas legales, digo: que por auto de tal fecha, pronunciado por tal juez, D. N., se declaró que estaba yo obligado á tal pago; y siendo muchos los agravios que me hace dicho auto, por ser notoria la injusticia de la otra parte, atendidos tales y cuales motivos, la justificacion de esa superioridad se servirá revocar en todas sus partes el referido auto de tal fecha, condenando á mi adversario en todas las costas de este litigio por su inaudita temeridad. Por tanto, A V. E. suplico provea como pido, etc.

El escrito de espresion de agravios lo deba hacer el apelante, y si la contaria tambien apeló, adhiriéndose á la apelacion, de todos modos corresponde dicho escrito al que haya intentado primero el recurso, pues quien primero se queja, primero debe manifestar sus motivos de queja; sobre todo, que la ley citada manda que primero espese agravios el apelante.

CAPITULO XXX.

DE LOS BREVETES.

Se llaman *brevetes* las notas que se ponen en la parte superior de los escritos, indicando su contenido. Los *brevetes* se ponen generalmente arriba del escrito y al lado derecho, es decir, al opuesto al sello del papel.

El objeto de los *brevetes* es evitar al superior que escuche la lectura íntegra de los escritos, y hacerle saber, desde luego, su contenido. El superior no necesita, como el juez de primera instancia, examinar minuciosamente y por sí mismo todos los documentos concernientes al negocio en cuestión, pues para eso tiene el secretario, que dará cuenta según los *brevetes* de los escritos. Así, por ejemplo, si un escrito dice por *brevete* "pide se dé cuenta á la letra," el secretario lo leerá íntegro; pero si dijera, supongamos, "pide próroga del término probatorio," no habría necesidad de que dicho secretario le diese lectura, sino que con solo leer el *brevete*, el tribunal dispone el trámite respectivo.

CAPITULO XXXI.

DE LA CONTESTACION DE AGRAVIOS.

Presentado el escrito de espresion de agravios por el apelante, la sala á quien tocó conocer del negocio, provee: "Traslado," y hecha la notificación de este auto á ambas partes, se entregan los autos á la otra parte para que conteste á los agravios. La contestacion de agravios debe hacerse dentro del término de seis dias, (Art. 361 de la ley de 29 de Noviembre citada), y el contenido del escrito es poco mas ó menos el siguiente:

Contesta agravios.—"Exmo. Sr.—Fulano de tal, en los autos tales y cuales, supuesto su estado de contestar agravios, ante V. E., salvas las protestas oportunas, digo: que no tengo necesidad de contestar á los agravios que mi contrario asegura seguirse del auto pronunciado en nuestro negocio por tal juez y con tal fecha, pues basta solo formarse una ligera idea del asunto en cuestión ver las pruebas palpables en que apoyo mis derechos, y compararlas con las pruebas inconducentes rendidas por mi contrario, para convencerse al momento de la rectitud con

que obró el juez de primera instancia al pronunciar su referido auto.

Si la contraria protesta que se le siguen agravios de que se lleve á cabo el auto en cuestion, á mí se me seguirian mayores de que se revocara, pues á todo el mundo que conoce algo mis asuntos, consta la justicia de mi causa, y mas cuando se ha pronunciado sentencia definitiva á mi favor. Por tanto,

A V. E. suplico, etc."

En la contestacion de agravios puede suceder que se adhiera á la apelacion la parte que obtuvo, manifestando que tambien ella se siente agraviada por la sentencia del inferior. Los autores llaman á la contestacion que se pone en este caso, contestacion media de agravios. Así, por ejemplo, si la parte que obtuvo en lo principal sale condenada en costas, puede adherirse á la apelacion en solo el punto de costas. Tambien puede adherirse la parte al tiempo de notificarle la sentencia, y mejorar despues su adhesion al contestar los agravios.

CAPITULO XXXII.

DE LO QUE SE HACE CUANDO HAY PRUEBA
EN SEGUNDA INSTANCIA.

Cuando hay prueba en segunda instancia, se ofrece ella en el escrito de expresion de agravios, y se brevetea entonces dicho escrito de esta manera: "Es presa agravios y ofrece prueba," ó "Es presa agravios y presenta testigos."

En segunda instancia ya no se admiten testigos para probar los mismos artículos que se discutieron en la primera, ó otros directamente contrarios. Pero sí se admiten escrituras y otros documentos concernientes al negocio, siendo la razon de esta diferencia, como dice el conde de la Cañada, que los testigos pueden ser sobornados, pero no las escrituras. Sin embargo, puede presentarse en la segunda instancia el testimonio de algunos testigos que estén en el extranjero, ó en lejanas tierras, y entonces se pedirá el término ultramarino, breveteándose así en tal caso el escrito de expresion de agravios: "Es presa agravios y ofrece prueba, para lo cual pide el término ultramarino, que corra juntamente con el ordinario, ofreciendo la informacion de la ley."

Al presentar las pruebas en segunda instancia, deberá acompañarse el juramento de no haberlas tenido antes; y el tiempo que se concede para probar, es arbitrario, según las circunstancias, y regularmente dura la mitad del que se concedió en primera instancia, bien que el artículo 362 de la ley de 29 de Noviembre de 1858 señala el término de treinta días, salvo el caso de tenerse que examinar testigos en el extranjero ó á largas distancias, pues entonces se observa lo dicho en primera instancia sobre este punto.

También en la segunda instancia gozan los menores y demás privilegiados el beneficio de la restitución del término de prueba, y no le hace que ya se les haya concedido este beneficio en la primera instancia. La restitución se les dará, concediéndoles la mitad del término que se dió en segunda instancia para la prueba principal.

El modo de probar en segunda instancia es igual al de la primera, y los escritos en que se pide que se haga tal y cual cosa, tienen la misma forma, así como las posiciones é interrogatorios, cuando los haya. También la publicación de probanzas, tachas y alegatos, son los mismos que en primera instancia. (Art. 363 de la ley de 29 de Noviembre citada).

CAPITULO XXXIII.

DEL AUTO DE SEGUNDA INSTANCIA QUE ES PREPARATORIO DE LA SENTENCIA, Y DEL MEMORIAL AJUSTADO A QUE LLAMAN ETRACTO.

Concluidos los alegatos de bien probado en segunda instancia, si es que hubo prueba, ó presentado el escrito de contestación de agravios tan solo, si es que no la ha de haber, el tribunal provee: "Dése cuenta con extracto y citación." Este proveído quiere decir que se avise á las partes que se va á decidir el negocio, y que el secretario va á dar cuenta con los autos, para lo cual, si el tribunal lo cree conveniente y lo mandó, forma un extracto del negocio, tomándolo desde su principio en primera instancia, mencionando breve y claramente las acciones del demandante y las excepciones del demandado, leyendo íntegros los autos que hayan recaído sobre el asunto, bosquejando las tachas, los alegatos de bien probado, etc., y siguiendo con lo presentado en la segunda instancia, teniendo particular cuidado de no omitir en el extracto nada que conste en los autos y que pudiera inclinar la balanza de la justicia hácia la parte de alguno de los contendientes.

Al presentar las pruebas en segunda instancia, deberá acompañarse el juramento de no haberlas tenido antes; y el tiempo que se concede para probar, es arbitrario, según las circunstancias, y regularmente dura la mitad del que se concedió en primera instancia, bien que el artículo 362 de la ley de 29 de Noviembre de 1858 señala el término de treinta días, salvo el caso de tenerse que examinar testigos en el extranjero ó á largas distancias, pues entonces se observa lo dicho en primera instancia sobre este punto.

También en la segunda instancia gozan los menores y demás privilegiados el beneficio de la restitución del término de prueba, y no le hace que ya se les haya concedido este beneficio en la primera instancia. La restitución se les dará, concediéndoles la mitad del término que se dió en segunda instancia para la prueba principal.

El modo de probar en segunda instancia es igual al de la primera, y los escritos en que se pide que se haga tal y cual cosa, tienen la misma forma, así como las posiciones é interrogatorios, cuando los haya. También la publicación de probanzas, tachas y alegatos, son los mismos que en primera instancia. (Art. 363 de la ley de 29 de Noviembre citada).

CAPITULO XXXIII.

DEL AUTO DE SEGUNDA INSTANCIA QUE ES PREPARATORIO DE LA SENTENCIA, Y DEL MEMORIAL AJUSTADO A QUE LLAMAN ETRACTO.

Concluidos los alegatos de bien probado en segunda instancia, si es que hubo prueba, ó presentado el escrito de contestación de agravios tan solo, si es que no la ha de haber, el tribunal provee: "Dése cuenta con extracto y citación." Este proveído quiere decir que se avise á las partes que se va á decidir el negocio, y que el secretario va á dar cuenta con los autos, para lo cual, si el tribunal lo cree conveniente y lo mandó, forma un extracto del negocio, tomándolo desde su principio en primera instancia, mencionando breve y claramente las acciones del demandante y las excepciones del demandado, leyendo íntegros los autos que hayan recaído sobre el asunto, bosquejando las tachas, los alegatos de bien probado, etc., y siguiendo con lo presentado en la segunda instancia, teniendo particular cuidado de no omitir en el extracto nada que conste en los autos y que pudiera inclinar la balanza de la justicia hácia la parte de alguno de los contendientes.

Desde luego se ve que el objeto del extracto es dar al superior una idea clara del negocio en cuestion, ahorrándole el trabajo de leer por sí mismo todas las sentencias de los autos, y por esta razon á los tribunales superiores se les llamó antes audiencias y á los ministros oidores, porque se puede decir que nada más oyen. Los secretarios, pues, deben tener gran cuidado al formar dicho extracto para que cumpla perfectamente su objeto.

La fórmula del extracto ó memorial ajustado, es poco más ó menos la siguiente:

“Tiene V. E. á la vista los autos promovidos por D. Fulano contra D. N., sobre tal y cual cosa, para confirmar, enmendar ó revocar el fallo de primera instancia, pronunciado en tal fecha por el juez tanto de lo civil, D. Fulano, y cuyo auto dice: (Aquí se lee el auto), y sigue después el extracto de la demanda, contestacion, etc., de la primera instancia. Cuando se pasa á la prueba se pone al margen: “Pruebas”, y regularmente las posiciones é interrogatorios, se leen por el secretario en sus originales, lo mismo que los autos. De cada documento que se extracta, debe ponerse el número y la cita de las fojas de que consta, bien que éstos no se leen. Después se concluye el extracto, diciendo: “En tal fecha man-

dó V. E. dar cuenta con extracto y citacion: así lo hace la secretaría en cumplimiento de lo mandado, habiéndose señalado el día de hoy para la vista.”

(Véase el cap. VI del reglamento de la suprema corte de justicia, publicado en Mayo de 1826).

CAPITULO XXXIV.

QUE SE HACE CON EL EXTRACTO, O LO QUE ES LO MISMO, DEL COTEJO.

Formado el extracto por el secretario, el tribunal provee: “Entréguese á las partes para el cotejo, por el término del derecho.” Se entrega, pues, el extracto al apelante para que lo examine y vea si se ha omitido ó alterado algun documento de los autos; pues el objeto del cotejo no es otro, sino el de que las partes vean si están conformes con la descripción del negocio que se va á hacer al superior; y si no están conformes, dirán los defectos de que adolece el referido extracto, y el secretario los hará notar el día de la vista, ante el superior, sin mudar ya el memorial.

Las partes tienen seis días para hacer el cotejo, (Art. 365 de la ley de 29 de Noviembre de 1858), y pondrán una nota en los autos, en que conste que ya hicieron su comparacion: si encontraron

defecto en el extracto, pondrán: "Hecho por mi parte el cotejo, encuentro tales y cuales faltas ó inesactitudes", y si están conformes, pondrán: "Cotejado" ó "Hecho por mi parte el cotejo, estoy conforme." Estas notas irán precisamente firmadas por el abogado de la parte que las ponga; pues es muy importante que el director del negocio vea por sí mismo, y examine atentamente la descripción que se va á hacer de dicho negocio, ante el juez superior, y de cuya descripción va á depender nada menos que la sentencia.

(Véase el reglamento citado en el capítulo anterior).

CAPITULO XXXV.

DE COMO SE SEÑALA EL DIA PARA LA VISTA, DE LO QUE SUCEDE EN LA VISTA DE LOS AUTOS, Y DE LOS INFORMES EN ESTRADOS.

Hecho el cotejo del memorial ajustado por las partes, el ministro provee: "Se señala tal día para la vista," cuyo auto se notificará á las partes para que concurran con sus patronos ante el tribunal que va á decidir el negocio, y esta es la citación para sentencia. Llegado el día de la vista, y estando presentes (ó aunque no lo estén) las partes interesadas con sus respectivos patronos, lee el secretario el extracto de que habló, al su-

perior que estará presidiendo en su tribunal; y todavía entonces pueden los patronos de las partes, tomar la palabra y hacer algunas aclaraciones ó deducciones, ó describir sencillamente el negocio de que se trata, y estos discursos que pronuncian los abogados de las partes en presencia de la superioridad, se llaman informes en estrados. Los abogados pueden hacer sus informes por escrito, ó improvisándolos en el mismo tribunal, ó llevando apuntes, con tal que ellos mismo vayan á hablar sobre el negocio, y si quieren tomar la palabra mas de una vez, puede concedérselo el tribunal, pues para él nunca se acaba el término de prueba.

Cuanto el negocio es grave, se conceden hasta sesenta días para hacer el informe. Los abogados, al informar en estrados, recordarán lo muy respetable que es el tribunal, y meditarán su lenguaje, atendida esa circunstancia. Informará primero el abogado del actor, pues el demandado tiene el privilegio de ser oído el último; y si el fiscal hace las veces de actor ó coadyuva los derechos de éste, hablará en estrados antes que el defensor del reo, aunque podrá contestarle cuanto le ocurra, (Art. 4 del cap. V del Reglamento de la suprema corte de justicia, dado en Mayo de 1826).

Es de advertir que según el artículo 335 de la ley de 29 de Noviembre citada, se señalará día

para la vista, con anticipacion de diez dias á lo menos, que se conceden para preparar los informes si los hubiere.

Solo los abogados de las partes podrán informar en derecho á la vista; y en los informes no se podrán hacer ni fundar peticiones sobre puntos que no hayan sido alegados en el cuerpo de la causa. Los informes se harán con la brevedad y demás circunstancias que previenen las leyes. Los abogados dejarán apunte de las que citen y de las doctrinas en que hayan apoyado su informe, y cuando fueren varios los de cada parte, no podrá hablar mas que uno. Pasado el término de los diez dias para los informes, el secretario, aunque la parte no lo pida, y sin necesidad de mandato judicial, mandará recoger los autos, y se procederá á la vista si alguna parte lo solicitase, sea que concurren ó no los abogados; sin poderse diferir nunca por falta de su concurrencia, sino por causa justificada que calificará el tribunal. (Artículos 366, 367 y 368 de la ley de 29 de Noviembre citada).

CAPITULO XXXVI.

DE LA SENTENCIA DEFINITIVA EN SEGUNDA INSTANCIA.

Vistos los autos por el tribunal respectivo, pronunciará su sentencia dentro del término de quince dias si fuere definitiva, y de cinco si fuere interlocutoria. (Art. 365 de la ley de 29 de Noviembre citada).

No hay una fórmula para la sentencia; pero es casi lo mismo que la de primera instancia, y dirá poco mas ó menos:

El lugar y la fecha.

“Vistos en apelacion estos autos promovidos por D. Fulano contra D. N.: la demanda, la contestacion, etc., etc., y considerando tal y cual cosa, se declara, que en virtud de tales y cuales leyes, se confirma ó revoca la sentencia dada en primera instancia por tal juez, con fecha tantas, (y si se confirma y causa ejecutoria, se añadirá); y en consecuencia, remítanse estos autos al juez de su origen, acompañándole copia de esta sentencia, para que lleve á cabo la ejecucion del indicado auto de fecha tantas. Así definitivamente juzgando, lo proveyeron y firmaron los señores ministros de la sala tal.

Fulano. Mengano, etc. Firma del secretario.

Si el interés del pleito no esciedere de dos mil pesos, la sentencia de segunda instancia causa ejecutoria, sea que confirme ó revoque la de primera. Si esciedere de dos mil pesos y no pasare de ocho mil, la sentencia de segunda instancia causará tambien ejecutoria, si fuere conforme de toda conformidad con la de primera, esto es, si nada absolutamente añade ó quita que altere la sustancia ó mérito intrínseco de la primera sentencia; de manera que ni la condenacion en costas, ni ninguna otra demostracion de igual naturaleza, podrá decirse opuesta á dicha conformidad. (Artículos 369 y 370 de la ley de 29 de Noviembre citada).

CAPITULO XXXVIII.

DE LA SUPLICA, SUPLICACION Ó TERCERA INSTANCIA.

Como los procedimientos de la tercera instancia en el juicio ordinario se asemejan tanto á los de la segunda, pues solo se suprimen los escritos de espresion y contestacion de agravios, y hay igualdad en todo lo demás, los trataré en un resumen y en este solo capítulo, á fin de no ser difuso.

La súplica es el recurso que se interpone de una sala á otra de un tribunal, ó de un tribunal á otro,

con la mira de que se reforme la sentencia dada en segunda instancia, siendo de advertirse que aunque en realidad se llegue á revocar la sentencia de segunda instancia, se usa la palabra *reformular* por respeto al tribunal que la dió.

Habrá lugar á la súplica ó tercera instancia, siempre que la sentencia de vista no sea conforme de toda conformidad con la de primera, y el interés del pleito, escediendo de dos mil pesos, no pase de ocho mil. Si el interés del pleito esciedere de ocho mil, habrá lugar á la súplica, aun cuando la sentencia de vista sea conforme con la de primera instancia.

Para la interposicion de la súplica de las sentencias definitivas é interlocutorias que la admitan, forma y tiempo en que deba introducirse, calificacion del grado, recursos que de ella procedan, remision de autos, y término dentro del cual deban presentarse las partes ante el tribunal de tercera instancia, se observará respectivamente lo prevenido para la apelacion, y en la forma que ya indiqué al detallar los procedimientos de la segunda instancia.

Una vez admitida la súplica y recibidos los autos por la sala que correspondá, ésta procederá á la revista de la sentencia, sin mas requisitos que la relacion é informes á la vista si lo pidieren las

P. 21.

partes, en cuyo caso se les entregarán por el término de seis días á cada una.

En esta tercera instancia podrá el tribunal recibir á prueba el negocio cuando corresponda según derecho.

En este único caso podrán admitirse alegatos por escrito, previa publicación de probanzas, observando lo prevenido para la segunda instancia, mandándose en seguida dar cuenta, citadas las partes. La sentencia definitiva se pronunciará dentro de quince días, y la interlocutoria dentro de cinco.

En esta tercera instancia se observará lo prevenido en segunda instancia cuando pasen los diez días concedidos para los informes.

Para hacer sentencia en sala de cinco ministros, se necesitan tres votos conformes de toda conformidad, y dos en la de tres.

(Art. del 371 al 378 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

En la tercera instancia el juez á quo es la sala ó el tribunal que conoció en segunda instancia, y el juez ad quem es aquella sala ó tribunal que debe conocer en tercera instancia, según sea la naturaleza del negocio, y atendido lo que esplicué en la sección segunda del libro primero.

Ningun negocio puede tener mas de tres ins-

tancias, según las leyes vigentes, de manera que si la parte que se creía agraviada en la apelacion fracasa tambien en la suplicacion, no tiene otro recurso, salvo que intente el de nulidad, por encontrarse en uno de aquellos casos en que las leyes conceden este recurso extraordinario.

CAPITULO XXXIX.

DE CUÁNDO SE TIENE POR DESIERTA LA APELACION

Estando ya los autos en poder del juez ad quem, que va á conocer del recurso de apelacion, deben presentarse ante él los litigantes dentro del término que les fué señalado por el juez inferior para mejorar la apelacion. Si faltasen ambas partes, nada puede hacerse en el juicio, siendo civil el negocio, porque no se procede de oficio en los de esta clase, sino á instancia de parte. Si se presentare solo el apelado y no el apelante, se declara por desierta la apelacion á solicitud del apelado, y se mandan devolver los autos al juez inferior para la ejecucion de la sentencia, según lo dispuesto en la ley 3, tít. 20, lib. 11, Nov. Rec. Acudiendo el apelante y no el apelado, debe emplazarse á éste último por segunda vez si el juez inferior no le señaló término para presentarse en el tribunal superior; y no compareciendo á pesar de la segunda

citacion, ó sin necesidad de hacerla cuando el juez hubiere designado término al mandar hacer el emplazamiento, debe seguirse y determinarse la instancia de apelacion en su rebeldía (L. 6, tit. 20. lib. 11, Nov. Rec.), bien que si compareciere el apelado antes de la sentencia, se le oirá segun el estado del juicio.

Lo mismo que queda dicho sobre desercion de la apelacion, se deberá entender en cuanto á la súplica.

La ley 5, tit. 20, lib. 11, Nov. Rec., fija el término de un año para que las partes agiten y se concluya la apelacion; pero en la práctica dura á veces la segunda instancia mucho mas de ese plazo y á veces menor, segun la naturaleza del negocio y las circunstancias que ocurren en él.

CAPITULO XL.

DE LA REGULACION DE LAS COSTAS.

Al hablar de la sentencia, dijimos que debe contener como punto preciso la condenacion en costas hecha contra el litigante temerario. Pues bien, para llevar á cabo esa condenacion, es preciso que se regulen dichas costas, lo cual se verifica en primera instancia por conformidad de las mismas partes que litigaron, ó por el tasador de

costas cuando lo hay, ó por el perito que designe el juez en caso de no haber tasador y de no estar acordes los interesados.

En la segunda instancia, antes de ejecutarse la sentencia, se pide por la parte que obtuvo al tribunal mande hacer la regulacion de las costas, y mandado esto, procede la secretaría á hacer la regulacion, que se hará en seguida saber á las partes, exigiéndoles el pago, que acreditarán con los recibos correspondientes, en que conste haberlas satisfecho; y si no lo hacen, la parte que satisfizo las suyas, ó la misma secretaría, pedirá al tribunal ejecucion contra el que se resiste á pagarlas.

Pagadas ya las costas por los interesados, bajarán los autos al juez inferior para la ejecucion de la sentencia.

Termino aquí el tratado del juicio ordinario, y segun mi plan que anuncié al principio de esta obra, voy á pasar al libro tercero, en el que me ocuparé principalmente del juicio ejecutivo.

LIBRO TERCERO.

Este libro contiene tres secciones: en la primera se trata del juicio ejecutivo; en la segunda de las tercerías, que son artículos que se ofrecen en este juicio; y en la tercera se habla del concurso de acreedores, que también suele ser una incidencia del referido juicio.

SECCION PRIMERA:

DEL JUICIO EJECUTIVO.

CAPITULO I.

NATURALEZA DEL JUICIO EJECUTIVO Y SUS DIFERENCIAS PRINCIPALES CON EL ORDINARIO.

El juicio ejecutivo es un juicio breve y privilegiado, en el que constando una deuda en virtud de un instrumento cierto, se proceda violentamente al pago. De modo que la primera diferencia entre el juicio ejecutivo y el ordinario nace de la naturaleza misma de ambos, pues en el juicio ordinario se disputa si se debe ó no tal cosa ó cantidad, y la sentencia declara la afirmativa ó la ne-

gativa; y en el juicio ejecutivo consta, en virtud de un instrumento cierto, que hay una deuda, y se procede violentamente al pago. Se diferencian asimismo ambos juicios, en que el ordinario tiene largos trámites y el ejecutivo los tiene breves.

Consiste, pues, la naturaleza del juicio ejecutivo: en que haya una deuda por cobrar; en que esta deuda conste en virtud de un instrumento cierto, de aquellos que están señalados por las leyes, y de los que se dice llevan aparejada ejecución, y en que se proceda violentamente al pago de dicha deuda. Todo lo iremos examinando á su tiempo, comenzando por tratar de los instrumentos que traen aparejada ejecución, y haciendo notar antes que el juicio ejecutivo fué establecido en favor de los acreedores á fin de que cobren violentamente sus créditos, y para que no resulten obstáculos ni impedimentos al comercio; de manera que el juicio ejecutivo es un juicio privilegiado.

CAPITULO II.

DE LOS INSTRUMENTOS EJECUTIVOS, O DE LOS QUE SE DICE LLEVAN APAREJADA EJECUCION. ®

Los instrumentos ejecutivos ó que traen aparejada ejecución, son aquellos en que consta evidentemente una deuda, y de ellos las leyes seña-

lan ocho, á cuyo número pueden reducirse los demás que enseñan algunos autores. Los ocho referidos son los siguientes:

1.º — La sentencia ejecutoriada y la pasada en autoridad de cosa juzgada; es decir, aquella de que ya no se puede apelar ni suplicar; pues debe ejecutarse luego que se despache la ejecutoria, ó se declare consentida, en el término de diez días si versare sobre dinero, y en el de tres si fuere sobre otra cosa (L. 1, tít. 17, lib. 11 de la N.)

2.º — La sentencia de árbitros homologada y consentida, y aun antes de estar homologada, con tal que se presente firmada por escribano público, juntamente con el compromiso, y apareciendo haberse ella dado en el término señalado por los jueces nombrados para el asunto, y sin escederse ni faltar, pues con estas condiciones debe ponerse desde luego en ejecución por el juez ordinario, dando la parte que obtuvo la fianza de la ley de Madrid, por si su contraria la reclamare y fuere revocada (L. 4, tít. 17, lib. 11 de la N.)

3.º — La transacción cuyo efecto es terminar los pleitos, debiéndose conformar con ella los litigantes (L. 34, tít. 14, P. 5), por lo que tiene fuerza de cosa juzgada; pero entendiéndose esto de las que han sido hechas ante escribano público. (L. 4, tít. 21, lib. 4 de la R.).—A las transaccio-

nes deben agregarse los convenios hechos en las conciliaciones, acreditados por la certificación de la autoridad ante quien pasaron; porque la conciliación se asemeja mucho á la transacción, y tiene el carácter de un convenio solemne y autorizado, al que la ley de 18 de Mayo de 1821, en su artículo 8.º, ha dado fuerza ejecutiva.

4.º — El juicio uniforme de contadores, confirmado por sentencia del juez que conociere del negocio (L. 5, tít. 17, lib. 11 de la N.); y aunque la ley solo habla de contadores nombrados por las partes, tiene la misma fuerza cuando un contador es nombrado por una de las partes, y el otro por el juez en rebeldía de la otra, pero notificándole el nombramiento, en virtud del Auto acord. 1, tít. 21, lib. 4 de la R.

5.º — La escritura pública estendida con las formalidades y requisitos legales, siendo de plazo cumplido y cantidad líquida (L. 1, tít. 28, lib. 11 de la N.), aunque no contenga la cláusula que llaman guarentigia, que es aquella por la que los otorgantes dan facultad á los jueces para que los apremien al cumplimiento de la escritura, como por sentencia definitiva de juez competente, pasada en autoridad de cosa juzgada, consentida y no apelada; pues los jueces no necesitan de que las partes les concedan una cosa para que los faculte

la ley. Las escrituras auténticas traen aparejada ejecución despues de reconocidas, segun Febrero, aunque Parladorio dice no ser necesario el reconocimiento.

6.º El vale reconocido por el que lo suscribió, mas el reconocimiento ha de ser judicial, esto es, ante el juez ó por su mandato (L. 4, tít. 28, lib. 11 de la N.), y el reconocimiento debe ser solo de la firma, de manera que no se pregunta al deudor si reconoce por suyo aquel escrito, sino precisamente si es suya aquella firma. Sobre el tiempo en que deben comenzarse á contar los diez años que dura la fuerza ejecutiva del vale, hay varias opiniones, pero lo mas natural es creer que se debe comenzar la cuenta desde la fecha de su reconocimiento.

7.º La libranza aceptada conforme á la pragmática de 2 de Junio de 1782 (L. 7, tít. 3, lib. 9 de la N.), cuyo tenor es el siguiente: "Declaro por vía de regla y punto general, que toda letra aceptada, sea *ejecutiva como instrumento público*, y en defecto del aceptante, la pague efectivamente el que la endosó á favor del tenedor de la letra, y á falta de éste, el que la endosó antes hasta el que la haya girado por su orden, sin que sobre este punto se admitan dudas, opiniones ni controversias; y que el tenedor de la letra tampoco ten-

ga necesidad de hacer ejecución cuando los primeros aceptantes hubieren hecho concurso ó cesion de bienes, ó se hallare implicada y difícil la paga por ocurrencia de acreedores ú otro motivo, pues basta certificacion del impedimento para recurrir pronta y ejecutivamente contra los demás obligados al pago." Sobre la cual recayó la declaracion de 6 de Noviembre de 1802 (L. 8, tít. 3, lib. 9 de la N.), por la que se previene: "que para repetir contra los endosantes y librador, bastará el protesto formalizado y presentado por falta de pago del aceptante, y que esta repetición podrá hacerla el portador ó tenedor de la letra, mercantil ó judicialmente contra cualquiera de los anteriormente obligados cual mas le convenga, segun lo previene la Ordenanza de Bilbao; y con arreglo á ello y á lo que prescriben los artículos 20, 21 y 22, cap. 13 de la misma, se entienda la pragmática de 2 de Junio de 1782. Los artículos citados previenen que los tenedores de letras acudan en debido tiempo á las personas sobre quienes fueren libradas, y no pagándolas á las señaladas en carta de pago, practicando esta diligencia y avisando su resulta con el protesto si lo hubiere, al librador ó curador, cual mas le convenga, precisamente por el primer correo, so pena que de lo contrario, serán de cargo de los

tenedores los riesgos de la cobranza; que el librador ó endosante á quien recurriere el tenedor con las letras y protestos, deberán pagar su importe con los cambios, recambios é intereses, comision y gastos, breve y sumariamente, y en defecto, se les apremie por la via mas ejecutiva, sin admitirles escepcion de no tener provision, de que se hallan con reconvenccion, compensacion ni otra alguna, ni pretesto por legitimo que sea, pues todo se les ha de reservar, y en caso de pagar por cualquiera de los endosantes el importe de la letra devuelta y presentada, tenga el derecho de recurso á otro de los endosantes anteriores á él, hasta el mismo librador, y á cualquiera de ellos in solidum, y que aquel contra quien se pidiere, pague y sea apremiado á ello, y lo mismo los demás, hasta que el último endosante quede con solo el derecho al librador ó aceptante; y en unos y otros juicios se proceda sumaria y ejecutivamente. De lo cual se infiere, que la pragmática de 2 de Junio de 1782, dió á las letras de cambio ó libranzas, la misma fuerza que á los instrumentos públicos, de donde sacan algunos autores que no es necesario el reconocimiento de la letra para proceder á la ejecucion, pero lo mas seguro es hacerlo, y así se acostumbra precisamente en la práctica.

8.º La confesion clara del deudor, hecha an-

te juez competente (L. 4, tít. 28, lib. 11 de la N.), entendiéndose por tal, segun Febrero, no solo cuando dice paladinamente que debe lo que se le pide, sino tambien cuando espresa que cree deberlo, ó cuando dice que lo debe sobre poco mas ó menos; en cuyo caso se despachará la ejecucion por el todo, reservándosele justificar en los diez dias de la ley la menor cuantía, si quisiere y no debiese mas; y Gomez Negro asienta, que si á la confesioa se añade alguna notificacion ó escepcion individual, perderá toda su fuerza, pero no si la modificacion fuere dividua, como v. g., si se preguntase á uno si es cierto que ha recibido tal cantidad y respondiese que sí, pero que habia sido en pago de una deuda anterior, la escepcion es individual, y el interrogante deberia probar que eso era falso; y no probándolo, no se podrá librar ejecucion contra el preguntado; pero si respondiese que sí la habia recibido, añadiendo que inmediatamente la restituyó ó pagó, la escepcion seria dividua, y podria librarse contra el confesante la ejecucion, y se llevaria á efecto si en el término de diez dias no la probase. (Gomez, pág. 124.) Pero para que la confesion surta estos efectos, se necesitan los requisitos que dejamos indicados al tratar de ella en el capítulo de "Pruebas."

A la confesion se reduce el juramento judicial

decisorio del pleito, que tambien se llama voluntario, porque realmente es una confesion hecha á presencia y con aprobacion del juez, por lo que tiene fuerza de transaccion y de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, siempre que el que lo hace sea de los que pueden jurar en juicio sin intervencion de curador y no teniendo otra prohibicion legal; mas el necesario supletorio no aparece ejecucion, porque se manda hacer en defecto de prueba bastante; y como puede retraerse por nuevos instrumentos que se hallen, lo que no sucede con el decisorio, no tiene fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ni por consiguiente vigor ejecutivo. (LL. 3 y 15, tít. 11, P. 3.)

Las cédulas, rescriptos ó provisiones de la suprema autoridad, y los libramientos de los jefes de hacienda contra sus subalternos, que algunos autores enumeran como otros tantos instrumentos ejecutivos, creemos no tienen ya lugar, pues las leyes de la Recopilacion que los mencionaban, fueron suprimidas en la Novísima.

CAPITULO III.

GOLPE DE VISTA DEL JUICIO EJECUTIVO EN TODAS SUS INSTANCIAS.

PRIMERA INSTANCIA.—Despues de intentada la conciliacion por el acreedor que va á proceder, pone éste su demanda ejecutiva, y acompañándola al instrumento que trae aparejada ejecucion, y al certificado del acto conciliatorio, la presenta ante el juez del demandado. El juez, si ve que el instrumento en que se apoya la demanda, trae en realidad aparejada ejecucion por ser de aquellos que señala la ley, provee el auto que se llama de *exequendo* ó mandamiento ejecutivo, en esta forma: "Por presentado con los documentos que se acompañan. Como lo pide, sirviendo este auto de mandamiento en forma."

Notificado este auto al demandante, pasa el ministro executor acompañado del escribano y del acreedor, si éste quiere concurrir á la casa del deudor, y le requiere de pago por tres veces. Si el deudor paga en el acto, ya no sigue adelante la ejecucion, pues no tendria objeto. Si no paga, se le dice que señale bienes ó que dé fiador de saneo, y de no hacer uno ú otro, los marcará el acreedor en el órden de la ley, es decir, primero los muebles, luego los raices ó inmuebles, y á lo último

los derechos y acciones, salvo que en el instrumento ejecutivo estén marcados algunos bienes para seguridad de la deuda, pues habiendo esta hipoteca especial, se entiende que el deudor señaló ya de autemano aquellos bienes para asegurar el crédito; y por lo mismo, en ellos debe recaer la ejecución sin necesidad de otro señalamiento, si así lo quiere el acreedor.

De todos estos hechos se levanta una acta y se conlega encargando al ejecutado los términos de la ejecución, es decir, leyéndole la acta. Este encargo se le hace para que pueda librarse de las costas si paga dentro de veinticuatro horas, ú opónese dentro de tres días á la ejecución, alegando las escepciones que en su concepto dejan sin fuerza el instrumento ejecutivo; para lo cual, dentro de dicho término pondrá un escrito que se llama de oposición, y en él manifestará dichas escepciones. El juez provee á este escrito: "Hace por opuesta la parte á la ejecución, y encárguense á entrambas los diez días de la ley. Se notifica este auto á ambas partes y se precede á la prueba, para la que se encargaron á ambas partes los diez días de la ley. Se entregan los autos al ejecutante para que pruebe sus acciones, y luego al ejecutado para si tiene que alegar tambien algunas pruebas, teniendo los autos cinco dias cada

parte y siendo comun el término. Las pruebas se rinden por medio de un escrito, acompañado de tales y cuales documentos, ó en el que se pide se hagan tales y cuales diligencias, ó que se examinen testigos. Pero si no se oponden en forma el ejecutado dentro de los tres dias referidos, seguirá el juicio sus trámites respectivos, citándose para sentencia de remate.

Dadas las pruebas en los diez dias de la ley, cualquiera de las partes pide se haga publicacion de probanzas, se hace la publicacion, se ponen tachas á los testigos, si los hay y quieren las partes ponerlas, y se pasa á alegar de bien probado, para lo cual tiene seis dias cada parte. Rendidos los alegatos, generalmente el actor pide al concluir el suyo, se sentencie de remate; y estando concluidos los autos como lo están despues de dichos alegatos, el juez provee: "Autos, citadas las partes." Se notifica el auto á los litigantes, y el juez pronuncia su sentencia, declarando si se debe llevar adelante la ejecución ó si no debe proseguirse, segun hayan sido las pruebas dadas.

Si se declara que debe llevarse adelante la ejecución, el actor pide por lo comun al notificarse la la sentencia, ó en escrito aparte, que se nombren peritos que avalúen los bienes embargados, indicando quién quiere que sea el suyo y la casa

en que vive, y pidiendo se notifique á la contraria, nombre tambien por su parte alguno otro, y de no hacerlo, le nombre de oficio el juzgado. El juez provee de conformidad. Nombrados los peritos y aceptados los nombramientos, harán sus avalúos y los presentarán. Si hay notable diferencia entre dichos avalúos, se nombrará un tercero.

Hecho todo esto, y reconocidas las firmas por los peritos que hicieron los avalúos, cualquiera de las partes, el actor por lo comun, pide que se proceda al remate de los bienes. Entonces el juez señala día para la primera almoneda. Se publican tres avisos en los dos periódicos mas acreditados que haya, ó por cartelones si no hay periódicos, y llegado el día, se procede al remate de los bienes, que se adjudican al mejor postor. Las almonedas son regularmente tres, una cada nueve dias si los bienes son inmuebles, ó una cada tres dias si son muebles. Pero la venta puede hacerse en la primera almoneda, aunque pueda mejorarse en las otras dos la postura. Si los bienes muebles son de poca consideracion, no habrá necesidad mas que de una almoneda. Si no hubiere postor, se adjudicará la cosa al ejecutante por las dos terceras partes de su avalúo. De lo que pasa en las almonedas se forma una acta,

para que haya una constancia de todo lo hecho en ellas.

El que remató los bienes pide en seguida, por medio de un escrito, que se le dé la posesion de dichos bienes, y el juez así lo provee, prévia citacion de los colindantes, siempre que se trate de alguna finca. Hecha la citacion, pasa el juez, acompañado del escribano y del que remató los bienes, y dará la posesion á este último, llevándolo por la mano y recorriendo las piezas y departamentos, si se trata de una casa, ó caminando con él un gran trecho, si se trata de un campo, ó entregándole la cosa, si ella es mueble.

Dada la posesion, pide el nuevo dueño las constancias en que aparece habersele adjudicado los bienes, y pide asimismo los títulos de propiedad que le debe entregar el antiguo dueño. El juez dispone que se le dé copia de las constancias que pide, y corre traslado del escrito al antiguo dueño de los bienes para que entregue los títulos, y si no los quiere entregar, se forma un juicio aparte, concluyendo aquí la primera instancia del juicio ejecutivo.

SEGUNDA INSTANCIA.—Interpuesta la apelacion de la sentencia de remate dentro del término legal, se forma el artículo para la calificacion del grado, y concedida en el efecto devolutivo—ejecu-

tivo (en solo el devolutivo), dará el que obtuvo la fianza de la ley de Toledo ó de Madrid, segun sea el juez, si ordinario ó árbitro; y asegurado el apelante por medio de esta fianza para el caso de revocarse la sentencia, el juez manda que se ejecute ésta, y remite los autos al tribunal superior ó á la autoridad á quien toque, y allí se sustancia la apelacion con los escritos de espresion y contes-tacion de agravios, pruebas, si fueren necesarias, y todo lo mismo que en la segunda instancia del juicio ordinario.

TERCERA INSTANCIA.—La tercera instancia del juicio ejecutivo, cuando la hay, es lo mismo, en cuanto á trámites, que la correspondiente al juicio ordinario.

CAPITULO IV.

DE LA DEMANDA EJECUTIVA.

He dicho en el resúmen de los trámites del juicio ejecutivo de que voy hablando, que lo primero que debe hacerse para instaurar dicho juicio, es intentar la conciliacion; pero como ya hemos tratado de este paso al hablar del juicio ordinario en que ella es tambien esencial, como un acto preparatorio, nos remitimos enteramente á lo dicho allá,

pasando desde luego á considerar la demanda ejecutiva.

Grandes diferencias se notan desde luego entre la demanda ordinaria y la ejecutiva, y aun se puede decir que son en su materia absolutamente distintas, pues en la ordinaria se pide una declaracion de si se debe ó no se debe, y en la ejecutiva se pide que, constando la deuda en virtud de un instrumento cierto, se proceda inmediatamente á la ejecucion. Luego la demanda ejecutiva es mas alarmante y deja en su primer ataque casi indefenso al demandado.

Pondré ante todo un ejemplo, para que teniendo á la vista, pueda razonarse mejor esta demanda. El ejemplo dice:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., por el ocurso que mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que como consta de la escritura pública otorgada en tal fecha ante el escribano eual, y cuya escritura debidamente acompaño, en tantas fojas útiles, presté el dia tantos de tal fecha, la cantidad tal á D. Fulano, en depósito irregular, con el interés legal de tanto por ciento, hipotecándoseme, para seguridad del capital y ré-

ditos, tal finca, situada en tal parte. (He aquí el hecho).

“Dicho D. Fulano no me ha pagado los réditos con puntualidad, pues ya me adeuda tantos, habiéndose además cumplido el plazo del préstamo; y como me hace suma falta el dinero para atender á mis intereses, he exigido el pago á D. Fulano de cuantas maneras me han sido posibles; pero á todas se ha resistido; y aun renunció pretarse á conciliación, como consta del certificado que debidamente acompaño. (He aquí el derecho.)

“En tal virtud, me veo en el caso de acudir á vd., á fin de que, habiéndome por presentado con los documentos mencionados, se sirva mandar pase el ministro ejecutor, acompañado del escribano, á la casa del deudor D. Fulano de tal, y le requiera de pago, para que exhiba la cantidad tal, que importan el capital y réditos vencidos, según el último recibo que se presente: y no pagando en el acto, se trabé ejecución en bienes equivalentes hasta cubrir la deuda y costas que resultaren de este litigio, protestando por mi parte recibir á cuenta justas y legítimas pagas, y siguiendo esta juicio los rigurosos trámites de

la vía ejecutiva á que corresponde. (He aquí el pedimento). Por tanto,

A vd. suplico se sirva, etc.” (Resúmen del pedimento).

La fecha y las firmas.

Se ve, pues, que la demanda ejecutiva, así como todas las demandas, es un silogismo redondo, siendo las premisas de dicho silogismo el hecho y el derecho, y la conclusión el pedimento. Importa muchísimo que se presenten con la debida claridad y concisión los dichos elementos de toda demanda, y á eso vino la disposición de la ley de 16 de Diciembre de 1855, que ya no está vigente, pero que ordenó se enumerasen al fin del escrito de demanda, los párrafos fundamentales, con lo cual quiso decir la ley, que aunque á veces puede haber difusión y oscuridad en el contenido del libelo, pero que al fin se sacasen con números las premisas y la conclusión del silogismo, para que el juez supiera desde luego á qué atenerse, cuya disposición evitaría siempre la oscuridad en la demanda, y haría que se detallase terminantemente la acción intentada.

Acerca de las fórmulas de la demanda ejecutiva, se nota asimismo que la del principio del escrito y la del fin, que consiste en el juramento de

no proceder de malicia, son iguales á las que se usan en todo libelo. Pero la demanda ejecutiva tiene además otras fórmulas que se notan en el pedimento, y que explicaremos brevemente. En primer lugar, se pide que se requiera el deudor de pago, porque si lo hace en el acto, ya no habrá lugar á la ejecución. Se pide que si no paga, se trabé ejecución en bienes equivalentes á cubrir la deuda y costas que resultaren del litigio, porque nada hay mas natural como el que respondan los bienes de una persona por las deudas que ha contraído ella y por el costo de los trámites judiciales que ocasionare la dificultad de su cobro. Se dice que esto se hará protestando recibir á cuenta justas y legítimas pagas, para no incurrir en el vicio de *plus petition*; por cuyo vicio, como ya dijimos antes, se sale condenado en las costas, segun la práctica de hoy. Finalmente, se dice que siga el negocio los rigurosos trámites de la via ejecutiva á que corresponde, para llamar la atencion del juez y á vantaggio no vaya á convertir á la via ordinaria un asunto que pertenece en lo absoluto á la ejecutiva, y que de no seguirse por esta última, causaria graves perjuicios al interesado.

Acercá del papel sellado que debe usarse para la demanda ejecutiva, diré que es tambien del sello tricolor; la forma del escrito es enteramente

igual á la demanda ordinaria, y tambien se exige en ella la firma de un abogado que dirija el negocio, por las mismas razones que dijimos allá, y que consisten en la conveniencia pública y privada.

Si el instrumento ejecutivo consiste en un vale ó libranza, cuya firma es preciso que se reconozca para causar ejecución, en la misma demanda se puede pedir la dicha ejecución, "previo el reconocimiento de la firma;" y entonces, para ahorrar pasos, lo que se hace comunmente es que la autoridad despacha el mandamiento para el embargo, previo el reconocimiento de la firma, y el escribano mismo que acompaña al ministro executor, presentará la firma al deudor y autorizará el reconocimiento por mandato del juez, prosiguiéndose la ejecución en caso de ser buena la firma, ó suspendiéndose, si la niega el deudor, hasta que se pruebe.

Pero hoy, en virtud de la ley de 29 de Noviembre de 1858, se observa lo siguiente cuando se trata de reconocimiento de firma:

Cuando se pida el reconocimiento de algun documento para el efecto de que se despache la ejecución, se hará este reconocimiento bajo juramento, y precisamente ante el juez que deba despacharla, con asistencia del escribano. Despacha-

da la ejecucion á virtud del reconocimiento, el ministro ejecutor procederá con arreglo á la ley.

Cuando se mande hacer el reconocimiento de firmas de algun documento, y el demandado se rehusare á hacerlo, requerido tres veces por el mismo juez en la misma diligencia, se le tendrá por confeso y se procederá á la ejecucion.

Cuando emplazado el reo para el efecto que explica el artículo anterior, se negare á comparecer, se procederá tambien á la ejecucion; mas este emplazamiento se hará de la manera siguiente: Se espodirá una primera cita con término de veinticuatro horas, y si no concurriere á ella, se mandará una segunda por el juez con algun dependiente de su juzgado, con término de tres dias y con apercibimiento de que si no comparece, se procederá á la diligencia.

Cuando se pida la sola confesion judicial de la deuda, fuera del caso prevenido en el párrafo anterior, para que sirva de base al juicio ejecutivo, y el reo rehusare hacerla, no se despachará la ejecucion, sino que se procederá en la via que corresponda. (Artículos del 381 al 384 de la ley de 29 de Noviembre citada).

CAPITULO V.

DE LOS AUTOS QUE PUEDE ESPEDIR EL JUEZ, VISTA LA DEMANDA EJECUTIVA, Y PRINCIPALMENTE DEL AUTO DE EXEQUENDO, O MANDAMIENTO EJECUTIVO.

Mucho cuidado deben tener los jueces sobre si es ó no ejecutivo el instrumento en que se apoya la demanda, y ya las leyes y los autores les han dicho y recomendado bastante sobre ello. Porque si el instrumento no trae aparejada ejecucion, y sin embargo, el juez decreta que se ejecute, causará inmensos trastornos al ejecutado y será responsable de ellos ante la ley; y si el instrumento en que se apoya la demanda es ejecutivo y el juez no decreta la ejecucion, sino que convierte el juicio en ordinario, causará asimismo graves daños al actor, é incurrirá por ello en la misma pena de responsabilidad. Dijimos ya antes cuáles son los instrumentos que traen aparejada ejecucion, y es fácil inferir que fuera de ellos ninguno otro tiene virtud ejecutiva.

A veces sucede que el juez tiene alguna duda sobre si el instrumento trae ó no fuerza ejecutiva, y en tal caso necesita una aclaracion; otras veces el instrumento en que se apoya la demanda no es

ejecutivo á toda vista, y otras es indudablemente ejecutivo. En consecuencia, el auto del juez puede no ser siempre el mismo: así, provee "Traslado" si el instrumento en que se funda la demanda no trae aparejada ejecucion: provee "Traslado sin perjuicio" cuando, aunque el instrumento es ejecutivo, el juez, sin embargo, necesita aclarar alguna duda, como por ejemplo, si atendida la fecha de la escritura, parece que ha prescrito el derecho de ejecutar, y el juez trata de aclararlo entre las partes, pues en tal caso, dadas las esplicaciones necesarias, sigue el negocio por la via ejecutiva, por lo cual se dice "sin perjuicio." Si el instrumento es ejecutivo sin que haya lugar á duda, el juez decreta el auto, que se llama de exequendo, ó mandamiento ejecutivo, que se formula en estos términos: "Por presentado, con los documentos que se acompaña. Como lo pide, sirviendo este auto de mandamiento en forma."

De manera que cuando el juez provee simplemente: "Por presentado, con los documentos que se acompañan; córrase traslado á la otra parte por el término del derecho," lo que quiere decir este auto, es que siga el negocio la via ordinaria, puesto que no hay título para la ejecucion.

El otro auto de que hemos hecho mencion, dice: "Por presentado con los documentos que se

acompañan. Traslado sin perjuicio;" y es de advertir aquí, que aunque hay disputas entre los autores sobre la legitimidad y conveniencia de los tres autos referidos, pero lo cierto es que se han usad o ellos en nuestra práctica, hasta que vino la ley de 29 de Noviembre de 1858, que en su artículo 379, dice:

Presentándose el actor con recado, que conforme á las leyes traiga aparejada ejecucion, el juez despachará el auto de *exequendo*, sin poder correr traslado por ningun término, ni aun con la calidad de sin perjuicio de lo ejecutivo. Tampoco podrá correr este traslado, cuando el recado no traiga aparejada ejecucion, pues entonces seguirá el negocio desde luego en la via que corresponda.

En cuanto á si cabe apelacion de los autos que ponga el juez, vista la demanda ejecutiva, dice el artículo 401 de la ley de Noviembre citada:

En estos juicios, ni del auto de *exequendo*, ni de algun otro interlocutivo, podrá admitirse apelacion, sino en el efecto devolutivo. El superior conocerá de estas apelaciones al revisar la sentencia definitiva. ®

CAPITULO VI.

DE LA TRABA FORMAL DE EJECUCION.

Notificado el auto de exequendo al acreedor, se procede á la ejecucion inmediatamente, y pasa el ministro ejecutor, acompañado del escribano y del mismo acreedor, si quiere, á la casa del deudor. La manera de hacer el embargo, consta en el acta que se levanta sobre dicho embargo, y por lo mismo nos bastará poner un ejemplo de la citada acta, para saberlo todo. Dice el acta:

“En tal dia y fecha, el ministro ejecutor que suscribe, asociado de mí, el escribano, y de D. Fulano (el acreedor, si concurre), pasó á la casa de D. N. (el deudor), y siendo éste en ella presente, se le hizo saber lo mandado en el auto anterior, en consecuencia del cual el ejecutor requirió al espresado D. N. para que exhibiera la cantidad tal, que le demanda D. Fulano, admitiéndosele en data justas y legítimas pagas que acredite haber hecho, presentando para ello el último recibo. Impuesto de todo el deudor, dijo.... (tal y cual cosa).... Se le requirió segunda y tercera vez de pago, y se le dijo que de no hacerlo, ponga bienes de manifiesto en que trabar la ejecucion, y sosteniéndose el deudor en lo que dijo antes, ó alegan-

do tales y cuales razones, y poniendo tales bienes de manifiesto, ó resistiéndose y escitado el actor á designarlos, y señalados por este último tales y cuales, el ministro ejecutor hizo y trabó ejecucion en forma y con arreglo á derecho, en tales y cuales cosas (ó en tal finca si habia hipoteca especial), por la referida cantidad que se debe y costas que se han de pagar. Y yo, el escribano, á horas que son las tantas, encargué á dicho D. N. los términos de la ejecucion, de cuyos efectos le instruí detenidamente, y quedó entendido. Con lo que concluyó la presente diligencia, y queda abierta para mejorarse en caso necesario, quedando los bienes á disposicion del acreedor para que nombre depositario, y firmando los concurrentes con el ejecutor. Doy fe.”

Aquí las firmas.

En el caso de que el demandado oponga en el acto de la ejecucion la excepcion de pago, promesa ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor á fuerza, y la prueba incontinenti por instrumento pública, se suspenderá la ejecucion, dándose cuenta inmediatamente al juez, quien oyendo por medio del correspondiente traslado por tres dias al actor, fallará la excepcion en definitiva si la considere legalmente probada, ó mandará que conti-

núe la ejecución, ó que el negocio se siga en via ordinaria, segun sea conforme á derecho.

Si en el acto de la ejecución se opusiere la escepcion de incompetencia del juez, y se probase *incontinenti* con documento auténtico, se obrará conforme á lo prevenido en el párrafo anterior; mas si no se probare *incontinenti* ó se alegare entre las demás dentro del término señalado para hacer la oposicion, se decidirá previamente, formándose el correspondiente artículo. Del mismo modo se procederá respecto de la escepcion de personalidad en el juicio, si se opusiere dentro de dicho término.

En todo otro caso, cualquiera que sea la escepcion que se proponga, continuará y se concluirá la ejecución, reservándose la escepcion ó escepciones propuestas para que se prueben en el término del encargado, y se decidan en la sentencia de remate, no formándose nunca artículo especial sobre ellas. (Art. 285, 286 y 287 de la ley de 29 de Noviembre citada).

Conviene advertir antes aquí, que si no está en su casa el deudor cuando le van á embargar, se le dejará papel instructivo para que espere al dia siguiente á una hora determinada, y si no se le encuentra tampoco, se procederá al embargo en presencia de los individuos de su familia, ó de los

criados, ó de las personas que estuvieren en la casa, ó del vecino mas cercano, habiéndoles antes los tres requerimientos de pago. (Art. 383 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

CAPITULO VII.

¿QUIENES PUEDEN EJECUTAR Y SER EJECUTADOS?

Pueden ser ejecutantes: el acreedor; el socio por los créditos de la compañía, aunque no tenga poder ni cesion de sus consocios (L. 16, tít. 20, P. 5); el marido por la dote que le fué prometida y no entregada, y aun por los bienes parafernales, como representante de su mujer, bien que para cobrarlos necesita poder de ésta; el heredero del acreedor difunto, y si hubiese dos ó mas, cada uno por su parte respectiva, pues es sabido que el heredero sucede en los derechos del difunto; el comprador de la herencia contra los deudores de ésta, por una razon semejante; el albacea ó testamento universal á quien dió facultad el testador para la distribucion de sus bienes, pues ya tiene las acciones directas y útiles del testador; el legatario y fideicomisario contra el que tiene en su poder la cosa legada, pues ha adquirido el dominio sobre ella desde el momento en que muere el testador; el fiador contra el deudor á quien fió,

P. 23.

porque hubiere pagado en su nombre voluntariamente ó apremiado, presentando, además de la escritura de obligación, la cesión ó carta de lasto del acreedor; el fiador contra sus compañeros en la fianza, por lo que pagó por ellos, presentando igualmente la carta de lasto del acreedor; la mujer, disuelto el matrimonio, contra los herederos del marido, por la dote que éste recibió y arras que le prometió, y también por su mitad de gananciales, contra los deudores de su marido, presentando en todos estos casos los documentos correspondientes; el cesionario del acreedor, el procurador ó apoderado del acreedor, ya tenga poder especial para ejecutar, ya solo general para pleitos, bien que no podría cobrar la deuda sin estar facultado para ello en el poder (L. 7, tít. 14, P. 5); pero podrá pedir que se asegure hasta que el principal acuda á cobrarla (Cur. Filíp., part. 2.ª, § 9). Y en general, pueden ejecutar todos los que se puedan considerar como acreedores, ya sea con crédito suyo propio, ó subrogados en lugar de otro por cesión ó poder bastante, con tal que tengan uno de los instrumentos ejecutivos de que hemos hecho mencion, y que están señalados por la ley.

Pueden ser ejecutados: la persona que resulte obligada en el instrumento ejecutivo; el heredero del deudor por toda la deuda, aunque ésta impor-

te mas que todos los bienes hereditarios, si aquel aceptó la herencia llana y simplemente, y solo en cuanto alcancen dichos bienes, si la aceptó con beneficio de inventarios.—Mas si fueren muchos los herederos, no se puede ejecutar á cada uno de ellos in sólido por toda la deuda, sino solo por su parte respectiva, á menos que se perciba una cosa hipotecada por el difunto, en cuyo caso procede la ejecución contra el que la posee; pero entonces el heredero que pague mas de lo que le corresponde, tiene derecho para pedir ejecutivamente el exceso con el lasto del acreedor á los coherederos; el hijo mejorado en el tercio y quinto, por las deudas de la herencia paterna ó materna ó de abolengo, á prorata de la parte que conste haberle tocado en ella (L. 5, tít. 6, lib. 10 de la N. R.); el heredero usufructuario de todos los bienes del deudor difunto, bien que se ha de pedir contra el usufructuario y el propietario al mismo tiempo, pues que se trata del perjuicio de ambos; el que posee la herencia del deudor, como el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco que sucedió en los del delincuente, ó del que falleció intestado sin dejar personas capaces de heredarlo conforme á las leyes, y los testamentarios ó albaceas universales á quienes el testador encomendó la distribución de todos sus bienes, en su-

fragios por su alma ó en otros fines; la mujer por la mitad de las deudas que durante el matrimonio contrajo juntamente con su marido, ó éste solo, en cuanto alcance á su mitad de gananciales y no mas, bien que si ambos se obligaron in sólidum por el todo, se puede pedir todo el importe de la deuda, á no ser que renunciara los gananciales; (L. 14, tít. 20, lib. 3 del Fuero Real, y ley 60 de Toro); cualquier individuo de una sociedad ó compañía, por la parte que le toca de las deudas que ésta hubiere contraido (L. 16, tít. 20, P. 5); el deudor del deudor principal, con tal que primero se haya hecho escusion en los bienes de éste, y conste por confesion ú otro medio legal el débito de aquel, y el fiador del deudor, prévia escusion en los bienes de éste, y sin necesidad de hacer la escusion, cuando pueda ser reconvenido el fiador antes que el deudor principal, es decir, cuando se haya renunciado el beneficio.

Generalmente no tiene lugar la ejecucion contra los terceros poseedores de los bienes del deudor que los adquirieron por título particular de venta, permuta donacion ú otra semejante, excepto cuando la cosa se haya hipotecado especialmente á la deuda, con tal que concorra alguna de estas circunstancias: 1.ª que haya enagenado la finca habiendo ya pleito sobre ella: 2.ª cuando se ha-

bia obligado el deudor á no enagenar la finca mientras subsistiese la deuda, y la enagenó á pesar de esto, pues esta enagenacion es nula (L. 67, tít. 5, P. 5); 3.ª cuando por razon de la deuda habia ya dado la posesion de la cosa y los títulos al acreedor, y la enagenó á un tercero (L. 14, tít. 13, P. 5); 4.ª cuando hizo cesion de bienes el deudor ó se halla ausente, ó estando presente no puede ser reconvenido por insolvencia. (La misma ley) de cuyas circunstancias, las tres primeras se reducen á que haya nulidad de enagenacion, ó lo que es lo mismo, á que tenga lugar la ejecucion contra el tercer poseedor que adquirió la cosa por título evidentemente nulo. El tercer poseedor que tiene la cosa en calidad de empréstito, comodatado, arrendamiento, puede ser reconvenido ejecutivamente, pues en tales casos no posee en nombre suyo. Puede ser ejecutado asimismo el tercer poseedor que tiene los bienes de la mujer deudora en calidad de dote, por no ser justo que la mujer, en el hecho de casarse y dar sus bienes en dote al marido, haga ilusorias las deudas contraídas anteriormente. Igualmente puede ser reconvenido con ejecucion el deudor que enagenó los bienes, comenzado ya el juicio ejecutivo, para eludirlo, y aquel á quien se ha vendido la cosa

sin haber aun tradicion formal, pues mientras no la haya, se entiende que no hay enagenacion.

En general, pueden ser ejecutados todos aquellos contra quienes existe y se presenta un instrumento ejecutivo, ya sea por deudas propias suyas, ó por las de aquellos de quien tienen poder bastante, ó en cuyo lugar se subrogan.

CAPITULO VIII.

¿SOBRE QUE BIENES PUEDE RECAER LA EJECUCION?

La ley señala para el embargo, en primer lugar, los bienes muebles del deudor, luego los raíces ó inmuebles, y á lo último los derechos y acciones. (LL. 3, tít. 27, P. 3 y 19, tít. 21, lib. 4 de la R., ó 12, tít. 28, lib. 11 de la N., y art. 388 de la ley de 29 de Noviembre de 1858). Pero como este señalamiento es un beneficio concedido al deudor, puede éste muy bien renunciarlo con tal que consienta en ello el acreedor.

No obstante lo dicho, si en los bienes hubiere algunos hipotecados en seguridad del crédito que se cobra, como una finca por ejemplo, sobre ellos deberá recaer principalmente el embargo, si así lo quiere el actor, pues cuando el acreedor los aceptó para hipoteca, quedaron desde entonces se-

ñalados por el deudor para responsiva de la deuda; así es que en el caso propuesto, la finca sería la que se embargara primeramente, y si no valia ya el monto de la deuda, se estenderia el embargo á otros bienes. (Art. 389 de la ley de 29 de Noviembre citada.)

Hay que exceptuar de todo esto algunos bienes que no pueden ser embargados y que enumeran prolijamente las leyes y los autores. Procuraré reducirlos, diciendo que se tienen por tales los bienes que sirven para el ejercicio de la profesion, arte ú oficio del deudor. Así, por ejemplo, al abogado no se le pueden embargar sus libros de derecho, ni sus instrumentos y libros al cirujano, ni sus utensilios al platero, ni sus herramientas al labrador. (L. 19, tít. 31, lib. 11 de la N.) Tampoco se puede embargar el sueldo íntegro al empleado ó profesor, sino cuando mas una parte, á menos que él consienta en que se le embargue todo, ó que tenga otros bienes de que mantenerse (L. 3, tít. 27, P. 3). Ni pueden ser embargadas á nadie las cosas necesarias de necesidad absoluta, como la cama y el vestido diario, según la ley 5, tít. 13, P. 5.

Hay personas que gozan del beneficio de competencia, y éstas no pueden ser embargadas sino en lo que sobre de su decente manutencion, como

el clérigo de orden sacro y el de órdenes menores, si obtuviese beneficio eclesiástico, por lo que deban á otro clérigo ó lego; el socio por lo que deba á la compañía universal ó singular, si no es que haya renunciado, como puede, el beneficio; el ascendiente, descendiente, suegro, yerno, marido y mujer por las deudas de unos y otros respectivamente; el marido por la dote de su mujer, ó por otra deuda de ésta, aunque renuncie el beneficio, cuyo privilegio pasa á los hijos y al padre ó suegro de la mujer, pero no á los herederos estraños; el que por accidente ó infortunio inculpable pierde sus bienes; el donante por la donacion que hizo, y finalmente, el que hizo cesion de bienes en favor de sus acreedores, á cuya satisfaccion no alcanzaron los que tenia, pues aunque venga á mejor fortuna, se le ha de dejar lo necesario para su subsistencia, lo mismo que á todos los anteriores, á no ser que tengan algun arte ú oficio, ó que el acreedor sea muy pobre (L.L. 7, tít. 8, lib. 1 de la R. de Ind., mandada observar por el Concil. 3 Mejjc., que habla de la primera disposicion en el § 5, tít. 1, lib. 2; ley 1, tít. 15, P. 5; Ordenanza de Minería, tít. 19, art. 40; ley 1, tít. 15, P. 5; l. 32, tít. 11, P. 4; l. 15, tít. 10, P. 5).

No pueden ser ejecutadas las cosas sagradas, religiosas y santas (L. 7, tít. 2, lib. 1 de la R.),

ni tampoco las públicas, por no estar en el comercio (L. 13, tít. 5, P. 5); las servidumbres reales, sean rústicas ó urbanas, á no ser que se ejecuten con el predio dominante (L. 12, tít. 31, P. 3); el derecho de usufructo por ser personal (L. 24, tít. 31, P. 3); aunque puede embargarse el producto periódico del usufructo, entendiéndose lo propio del uso y de la habitacion.

Si los bienes que se ejecutaron no alcanzan luego á cubrir la deuda y costas del litigio, puede pedir el ejecutante que se mejore la ejecucion en vista de ese motivo, estendiéndose por mandato del juez á otros bienes que se embargarán en la misma forma que los anteriores; pero debe tenerse presente que hoy no podrá mejorarse la ejecucion sino despues de que en la almoneda no se hayan podido realizar los bienes embargados, ó su precio no haya sido bastante para cubrir la deuda y las costas, segun el art. 388 de la ley de 29 de Noviembre citada.

CAPITULO IX.

¿PUEDE REDUCIRSE A PRISION AL DEUDOR SI NO TIENE CON QUE PAGAR?

Entre nosotros nadie puede ser ni detenido sin que haya incurrido en algun delito que conste por

prueba semiplena ó indicios cuando menos (Art. 150 de la Constitución Federal, y ley de 17 de Enero de 1853). Por lo que, con respecto á deudas, no podrá tener lugar la prision sino por las que proceden de delito ó cuasi delito, de que pueda resultar pena corporal (L. 19, tít. 31, lib. 11 de la N.) Está asimismo conforme la última ley de 29 de Noviembre de 1858 en su artículo 470, que dice á la letra:

“Los jueces no podrán proceder á la prision de cualquier individuo sin que preceda la informacion sumaria del hecho que la motive; mas no será necesario que la sumaria produzca una prueba plena ni semiplena del delito, ni de quien sea el verdadero delincuente. Solo se requiere que por cualquier medio resulte de la informacion sumaria:

“I. El haber acaecido un hecho que merezca, segun la ley, ser castigado con pena corporal.

“II. Que resulte igualmente algun motivo ó indicio suficiente segun las leyes, para creer que tal ó tal persona ha cometido aquel hecho.”

CAPITULO X.

¿A QUIEN TOCA SEÑALAR LOS BIENES QUE HAN DE SER EMBARGADOS?

Puesto que la ley concedió al deudor el beneficio de que primero se le embarguen los bienes

muebles, luego los raíces, y por último, los derechos y acciones, toca sin duda al deudor la designacion de aquellos sobre que debe recaer el embargo. Y en efecto, nada mas natural que el que la persona que pide dinero prestado señale al acreedor la prenda que ha de responder de la deuda.

Hay casos, no obstante, en que el acreedor mismo es quien hace la designacion de los bienes que han de ser embargados, sin invertir el orden establecido, y uno de ellos es cuando el deudor no quiere señalarlos (Art. 390 de la ley de 29 de Noviembre de 1858), ó cuando se presenta y no comparece al tiempo de hacerse la ejecucion, habiéndosele dejado papel citatorio, y tambien cuando la cosa está hipotecada especialmente, como dije antes, pues en este caso el acreedor puede pedir que se embargue dicha cosa, que fué señalada ya desde el principio de la deuda por el deudor, para que respondiera del crédito.

Si el acreedor no concurre á la ejecucion, el ejecutor mismo señalará los bienes que han de ser embargados, á falta de hipoteca especial.

En la ejecucion se han de señalar bienes determinados, pues no valdria embargar bienes en general. La ley dice que deberán inventariarse (L. 7, tít. 27, lib. 4 de la R.), cuyo inventario puede

hacerse muy bien en la misma acta del embargo, enumerando los objetos sobre que recae la ejecución.

Al hacerse el señalamiento de los bienes, es preciso saber cuáles de ellos deben tenerse por muebles, cuáles por inmuebles, y cuáles por derechos ó acciones. Se llaman bienes muebles aquellos que pueden trasladarse de un lugar á otro sin perder su forma, como el ajuar de la sala y demás habitaciones de la casa. Se llaman bienes raíces aquellos que no pueden trasladarse de un punto á otro sin perder su forma ó su sér, como una casa, los estanques de ella, los colmenares, las fuentes, los materiales mismos que componen la casa, y que están inherentes á ella, como el ladrillo, teja, vigas, etc. Se llaman derechos ó acciones los créditos activos del deudor, como las libranzas á su favor, los pagarés de la misma calidad, el derecho á cobrar sueldos causados por su profesion, arte ú oficio, etc.

Si se trastorna el orden del embargo, y en vez de ejecutarse bienes muebles que presentaba el deudor, se ejecutan bienes raíces, se puede apelar y es nula la ejecución, segun opina el autor de la Curia Filíp., por pecar aquella contra su forma propia; pero si se sigue la causa sin apelar, valdrá la ejecución, entendiéndose que el deudor que no

reclama, consiente en que se haya trastornado el orden establecido á su favor, y mas cuando lo puede renunciar si le conviene.

CAPITULO XI.

SE DEBE NOMBRAR SIEMPRE UN DEPOSITARIO, INVENTARIANDO LOS BIENES SI SON MUEBLES.

La ley 7, tít. 27, lib. 4 de la Recopilacion, ordena que los bienes embargados se inventarién y se entreguen á un depositario de probidad, para que ésta los tenga en calidad de depósito. Esto mismo se observa en la práctica. Si el acreedor concurre al embargo, allí mismo puede, en el lugar de la ejecución, nombrar la persona que le parezca digna de ser depositaria de los bienes en que se trabó la ejecución, pues el nombrado ha de ser á su satisfaccion, y él es quien lo debe elegir por consiguiente. De todo esto toma nota el escribano en estos términos ú otros semejantes:

“Aeto continuo, D. Fulano de tal, (el acreedor) dijo que nombra depositario de los bienes á D. N., quien estando presente, dijo: que se da por recibido de la finca embargada, ó de los bienes que se le entregan conforme al inventario hecho; y que otorga en consecuencia y se obliga á mantener en su poder dicha casa ó dichos bienes, en fiel

custodia y sin entregarlos á persona alguna, hasta que se le mande por el juez, bajo las penas en que concurren los depositarios que no cumplen con su deber. A cuya observancia y cumplimiento se obliga con sus bienes en toda forma de derecho, bajo cláusula guarentigia, y firmó con el ejecutor." ERE PLANNAM
VIRI PACIS

Si el acreedor no concurre al acto del embargo, se le avisará el resultado de dicho acto para que nombre al depositario; le designará entonces, se hace saber á éste el nombramiento, y se asentará su aceptación en los mismos términos poco mas ó menos que quedan indicados, entregándole los bienes por inventario.

CAPITULO XII.

¿QUE QUIERE DECIR QUE SE ENCARGAN AL EJECUTADO LOS TERMINOS DE LA EJECUCION, Y CUANDO PUEDE LEVANTARSE EL EMBARGO?

El encargar los términos de la ejecución consiste en que el escribano, en el acto del embargo, y oídas las razones del deudor, levanta el acta correspondiente, de que ya di una idea, y la lee al embargado para que éste sepa cómo se ha hecho la ejecución, y se oponga á ella, dentro de tres días, si tiene algunas razones que alegar. A esto

equivale lo que el escribano asienta al fin de la referida acta de ejecución, en estos términos: "Y yo, el escribano, á estas horas, que son las tantas, encargué á D. Fulano (el ejecutado), los términos de la ejecución."

Es preciso señalar la hora, porque los tres dias para la oposicion, comienzan á contarse desde el momento del embargo, hasta el momento en que hayan pasado los dichos tres dias, que componen setenta y dos horas. (L. 12, tít. 28, lib. 11, N.)

Si el deudor paga dentro de veinticuatro horas, se levanta el embargo y queda libre de pagar las costas (LL. 22 y 23, tít. 21, lib. 4 de la R., y art. 391 de la ley de 29 de Noviembre de 1853); aunque si la ejecución se hace en un lugar distinto de aquel en que se espidió el mandamiento, pagará el ejecutado las costas, aunque exhiba la deuda dentro de veinticuatro horas, segun opina Acevedo. Yo entiendo que en este caso, el juez decidirá, segun las circunstancias, lo mas conveniente. Si el ejecutado, dentro de veinticuatro horas despues de verificado el embargo, manifiesta que el actor está ya contento, ó que ha depositado la deuda en persona legal y abonada ante el alcalde ó juez, queda libre de pagar los derechos de la ejecución; pero está obligado á hacer saber á su costa al acreedor, el depósito dentro de

tres dias, si la deuda no debiera pagarse en determinado lugar. (LL. 15 y 16, tít. 30, lib. 11 de la N.)

Cuando el ejecutado paga la deuda ó deposita el dinero satisfactoriamente dentro de las veinticuatro horas que designa la ley, además de no pagar costas, puede hacer que se levante tambien el embargo.

CAPITULO XIII.

DE LA OPOSICION DEL EJECUTADO.

Hemos dicho que se encargan al ejecutado los términos de la ejecucion para que ó pague dentro de veinticuatro horas y se libre de las costas, ó se oponga á la ejecucion dentro de tres dias, alegando las escepciones que tuviere, en un escrito que estará concebido poco mas ó menos en estos términos:

Señor juez tantos, etc

“Fulano de tal, contestando la demanda ejecutiva que se me ha puesto por D. N. sobre pago de tal cantidad, ante vd., salvas las protestas oportunas, digo: que me opongo en toda forma de derecho á la ejecucion que ha sido despachada, y protesto contra el que la ha obtenido, todas las costas y perjuicios que

se originaren en este asunto. Las escepciones notorias en que fundo mi oposicion, son las siguientes:”

La de prescripcion (por ejemplo).

La de pacto de no pedir.

La de tal y cual.

Estas escepciones y sus fundamentos son demasiado conocidas á la contraria. En tal virtud, dando vd. por opuestas las referidas escepciones, se ha de servir para su prueba, mandar encargar á ambas partes los diez dias de la ley, entregándoseme los autos para promover las pruebas que me sean convenientes. Por tanto,

A vd. suplico, etc.

Este escrito, que se llama de oposicion, debe presentarse dentro de los tres dias que dijimos antes concede la ley para la oposicion; y el ejecutado debe señalar simultáneamente en el citado escrito, todas las escepciones que tenga que oponer. (Art. 392 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

CAPITULO XIV.

DE LAS EXCEPCIONES EN QUE DEBE FUNDARSE EL
ESCRITO DE OPOSICION.

La ley 3, tít. 28, lib. 11 de la N., enumera las excepciones que el ejecutado puede alegar para deshacer la ejecución, y que únicamente debe admitir el juez; pero como ella misma, despues que las enumera, añade estas palabras: "y tal (excepcion) que de derecho se debe recibir," los autores asientan que se pueden alegar, y se deben admitir otras, distinguiéndose por lo mismo tres clases de excepciones en orden á la ejecución, cuyas tres clases esplica estensamente Febrero de Tápia en el tomo 5, tít. 3, cap. 5.

La primera clase de excepciones es de las que llaman directas, y son las que están espresas en la ley antes citada: la segunda, de las que se llaman útiles, que aunque no están especificas en la ley, se pueden alegar y admitir porque lo indican, además de la misma ley citada, las 1 y 12, tít. 28, lib. 11 de la N.; y 3, tít. 22, lib. 12 de la misma; y la tercera clase es de las que llaman inadmisibles, porque demandan un exámen prolijo y escrupuloso, que no cabe en los juicios violentos como en el ejecutivo. Las directas son seis, á sa-

ber: la paga, el pacto, remision ó promesa de no pedir, la deuda, la falsedad del instrumento, la usura, la fuerza y el miedo. Las útiles son varias, á saber: la compensacion, la transaccion hecha ante el juez ó escribano público, la novacion, la delegacion, la nulidad ó simulacion del contrato, no contener el instrumento la causa de deber, la prescripcion, la de que la escritura sea hipotecaria y no esté registrada en el oficio de hipotecas, la falta de personalidad legal en el que pidió la ejecución, la incompetencia del juez, el compromiso pendiente sobre lo que se pide, el juramento otorgado para dar fuerza al contrato, la reconvention, en los casos en que tiene lugar en este juicio, y otras. Las inadmisibles principales son: el dolo, la lesion en mas ó menos de la mitad del justo precio, el error de cálculo, si no es material y rigurosamente numérico, la division de la deuda entre los mancomunados, y en general, todas las que por su naturaleza no destruyen la fuerza del instrumento ó de la obligacion que contiene, ni se puedan probar en los diez dias.

Las excepciones directas y las útiles deben probarse dentro de los diez dias concedidos para la prueba; pero es de advertir que las excepciones dilatorias de falta de personalidad en el ejecutante ó de incompetencia del juez, se ventilan en artícu-

lo antes de pasar á la prueba, pues claro es que el ejecutante debe manifestar ante todo el poder con que procede, y de lo contrario, el juez provee: "Presentado el poder, se proveerá;" y es tambien clarísimo que no pueden rendirse pruebas ante un juez incompetente: entendiéndose esto como dije antes al hablar de las excepciones que pudieran alegarse en el acto de la ejecucion.

Si se opondre la compensacion, deberá hacerse la liquidacion dentro de los diez dias, y la reconvenccion regularmente convierte el juicio ejecutivo en ordinario.

Aquí debo advertir que en el escrito de oposicion se deben determinar con claridad las excepciones, pues si no se hace así, no habrá oposicion, y el juicio seguiria sus trámites. De manera que si álguien, por ejemplo, dijese por única excepcion en el referido escrito de oposicion, que no pagaba la demanda *porque no debía nada*, esta no seria una excepcion, puesto que no se espresa la causa de no deber; y en semejante caso, el juez no admite la oposicion, y mandará citar para sentencia de remate, pues no hay sobre que recaiga la prueba ni los alegatos. He aquí los artículos 393 y 394 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, que se refieren á este punto:

"Al oponerse el demandado á la ejecucion, es-

presará con toda claridad la excepcion ó excepciones que le competan y pretenda probar. Si así no lo hiciere, el juez de oficio desechará la oposicion y mandará seguir adelante en el juicio.

"Será legal la excepcion y podrá tomarse en consideracion en la sentencia de remate, aun cuando no se haya espresado al oponerse el reo á la ejecucion, si quedare justificada por el instrumento mismo, en virtud del cual se haya librado el mandamiento,

CAPITULO XV.

DEL EJECUTOR MISTO Y DE LAS EXCEPCIONES DE QUE PUEDE CONOCER.

Los jueces ejecutores toman varios nombres segun los casos diversos; así, es ejecutor ordinario el que ejecuta por razon de su oficio y jurisdiccion. (L. 2, tít. 21, lib. 4 de la R.) Juez ejecutor mero es el que cumple algun ministerio en hecho señalado, sin conocimiento de causa anexo á él, como seria el de que habiéndose conocido de la causa, mandar que otro ejecute la sentencia; y ejecutor misto es aquel que tiene anexo algun conocimiento de causa, como cuando en el rescripto se le dice que se sabe que alguno ha sido violentamente despojado, y que siéndolo, ó siendo así,

lo antes de pasar á la prueba, pues claro es que el ejecutante debe manifestar ante todo el poder con que procede, y de lo contrario, el juez provee: "Presentado el poder, se proveerá;" y es tambien clarísimo que no pueden rendirse pruebas ante un juez incompetente: entendióse esto como dije antes al hablar de las excepciones que pudieran alegarse en el acto de la ejecucion.

Si se opondre la compensacion, deberá hacerse la liquidacion dentro de los diez dias, y la reconvenccion regularmente convierte el juicio ejecutivo en ordinario.

Aquí debo advertir que en el escrito de oposicion se deben determinar con claridad las excepciones, pues si no se hace así, no habrá oposicion, y el juicio seguiria sus trámites. De manera que si álguien, por ejemplo, dijese por única excepcion en el referido escrito de oposicion, que no pagaba la demanda *porque no debía nada*, esta no seria una excepcion, puesto que no se espresa la causa de no deber; y en semejante caso, el juez no admite la oposicion, y mandará citar para sentencia de remate, pues no hay sobre que recaiga la prueba ni los alegatos. He aquí los artículos 393 y 394 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, que se refieren á este punto:

"Al oponerse el demandado á la ejecucion, es-

presará con toda claridad la excepcion ó excepciones que le competan y pretenda probar. Si así no lo hiciere, el juez de oficio desechará la oposicion y mandará seguir adelante en el juicio.

"Será legal la excepcion y podrá tomarse en consideracion en la sentencia de remate, aun cuando no se haya espresado al oponerse el reo á la ejecucion, si quedare justificada por el instrumento mismo, en virtud del cual se haya librado el mandamiento,

CAPITULO XV.

DEL EJECUTOR MISTO Y DE LAS EXCEPCIONES DE QUE PUEDE CONOCER.

Los jueces ejecutores toman varios nombres segun los casos diversos; así, es ejecutor ordinario el que ejecuta por razon de su oficio y jurisdiccion. (L. 2, tít. 21, lib. 4 de la R.) Juez ejecutor mero es el que cumple algun ministerio en hecho señalado, sin conocimiento de causa anexo á él, como seria el de que habiéndose conocido de la causa, mandar que otro ejecute la sentencia; y ejecutor misto es aquel que tiene anexo algun conocimiento de causa, como cuando en el rescripto se le dice que se sabe que alguno ha sido violentamente despojado, y que siéndolo, ó siendo así,

sea restituído por el ejecutor, porque en esas palabras de "siéndolo" y "siendo así," claro es que se le confía conocimiento de causa.

No necesito decir mas sobre juez ejecutor mero y ordinario, porque con las definiciones dadas se comprende perfectamente su oficio; pero la materia de ejecutor misto es tan confusa, y los autores hablan tan poco de ella, que me parece útil dar aquí una esplicacion. Se entiende hoy por ejecutor misto aquel que puede tomar algun conocimiento del negocio al cumplir la ejecucion que se le encarga de una sentencia. Antiguamente el ejecutor misto podia tomar conocimiento de las excepciones que impugnaban la sentencia que se le mandaba ejecutar, como se ve por la definicion primera que tomé de la Curia Filipica, pues antes podia haber juicios por comision ó delegacion; pero en el dia el ejecutor misto no puede conocer mas que de aquellas excepciones que modifican la sentencia que se le manda ejecutar, y aquellas que la impugnan deberán enviarse al juez que dió la sentencia para que las defina. Si se quiere, hay alguna delegacion ó comision en este encargo que se hace al ejecutor misto de hoy; pero no hace la delegacion el juez requerente, sino el bien público que se interesa en la pronta administracion de justicia.—Pondré dos ejemplos para que se com-

prenda mejor el carácter del ejecutor misto. Si puesta una demanda ejecutiva en Méjico contra alguno que tiene bienes en Cuernavaca, el juez de Méjico despacha la ejecucion, encargando por medio de un exhorto al juez de Cuernavaca el embargo de los bienes del demandado, las excepciones todas que se opongan al mandamiento deberán trasladarse al juez de Méjico para que las defina, y el juez de Cuernavaca nada tiene que conocer del negocio en cuanto á dar sentencia sobre él, tanto mas, cuanto que no se le encargaba la ejecucion de una sentencia, sino de un mandamiento; y si crea que se le usurpa su jurisdiccion, podrá no obedecer el exhorto y entablar la competencia. El segundo caso tiene lugar cuando habiéndose declarado en Méjico que D. Fulano que está en Cuernavaca, debe pagar mil pesos, por ejemplo, el juez de la capital envía exhorto al de Cuernavaca, encargándole la ejecucion de esa sentencia declaratoria; pues en tal caso, si el deudor alega excepciones que impugnan la sentencia, como si dijere que no hubo facultades para darla y que es nula, entonces el juez de Cuernavaca no podrá conocer de dichas excepciones que tocan directamente al de Méjico; pero si las excepciones opuestas tienden á modificar tan solo la sentencia, como si dijera el deudor que su acree-

dor le debe tambien una cantidad que puede compensarse, y presenta documento cierto en apoyo, entonces el juez de Cuernavaca se hace ejecutor misto y conoce de aquella escepcion.

Esto es lo que he podido comprender en materia de ejecutor misto, y recomiendo á los estudiantes examinen las doctrinas espuestas, pues por lo mismo que reina oscuridad en el punto, puedo estar errado en ellas.

CAPITULO XVI.

DE LOS DIEZ DIAS DE LA LEY, O LO QUE ES LO MISMO, DEL TERMINO DE PRUEBA EN EL JUICIO EJECUTIVO.

Presentado al juez el escrito de oposicion, proveerá si ella está en forma: "Téngase por opuesta á la parte á la ejecucion á que se refiere, y encárguense á entrambas los diez dias de la ley (Art. 395 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

El escribano notifica este auto á ambos litigantes, y entrega los autos al ejecutado para que pruebe sus escepciones.

Es de tenerse presente, como dije antes, que si el escrito de oposicion contiene solo escepciones inadmisibles, ni se concede ya el término para

prueba, sino que el juez provee: que no teniendo la parte ejecutada fundamentos legales para su oposicion, se la tiene por no opuesta, reservando sus escepciones para el juicio á que correspondan. Entonces el actor pedirá que se sentencie de remate, y el juez mandará citar para sentencia.

La parte ejecutada que se ha tenido por opuesta á la ejecucion, reúne sus pruebas y las presenta dentro de los diez dias que concede la ley y que son comunes á ambos litigantes. (L. 1, tít. 28, lib. 11 de la N.) Los autos, como dije antes, serán entregados primero al ejecutado, que los tendrá cinco dias, pues él es el que hace de actor en la oposicion, y luego se entregarán al ejecutante para que los tenga los otros cinco.

Las pruebas en el juicio ejecutivo se presentan en la misma forma que en el ordinario, es decir, por medio de uno ó varios escritos en que se pide se hagan tales ó cuales diligencias, ó que se examinen tales testigos, etc. Como el término de prueba es tan corto en este juicio, resulta que cuando es legalmente preciso rendir una prueba larga, el juicio se puede decir que pasa á la via ordinaria.

Durante los diez dias de la prueba, deberán liquidarse todas las cuentas concernientes á la deuda, de modo que para la sentencia de remate, ya

la cantidad por la que se ejecutó debe estar cierta y determinada, lo cual deberá hacerse principalmente cuando se oponga la escepcion de compensacion, ó la de reconvenccion, que suele hacer las veces de aquella en el juicio ejecutivo, para que así no se convierta en ordinario.

No dicen las leyes ni los autores si pueda pedirse restitucion del término de prueba en el juicio ejecutivo por los que gozan el beneficio de restitucion in integrum; pero como militan á favor de la afirmativa las mismas razones que se tuvieron presentes para concederle en la via ordinaria, creemos que se podrá, con tal que sea en los mismos términos.

Algunos autores opinan que se puede prorogar el término de prueba concedido por las leyes para este juicio, con tal que lo pida así el actor, fundados en que la brevedad de aquel es un beneficio concedido á dicho actor, y que lo puede renunciar. Ha venido á terminar esta cuestion el artículo 396 de la ley de 29 de Noviembre citada, cuyo artículo dice: "A petición del actor pueden prorogarse (los diez dias); pero en este caso será el término comun á ambas partes."

CAPITULO XVII.

DE LA PUBLICACION DE PROBANZAS Y DE LOS ALEGATOS DE BIEN PROBADO QUE CORRESPONDEN A ESTE JUICIO.

Concluido el término de prueba, cualquiera de las partes pide se haga publicacion de probanzas, y corrido traslado del escrito á la contraria, con lo que conteste dentro de tres dias, ó acusándola rebeldía, caso de no hacerla, el juez provee lo conveniente. Alegará primero el ejecutante y luego el ejecutado, (art. 397 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

La publicacion de probanzas, sirve lo mismo que en la via ordinaria, para que cada parte vea las pruebas de su contrario, y pueda, ó poner tachas á los testigos, si los hubo y las tienen, ó presentar destruidas de otra manera las pruebas de su adversario en los alegatos de bien probado. El término que tiene cada parte para alegar de bien probado, es de seis dias. (Ley y artículo citados).

Respecto de los alegatos de bien probado en este juicio, téngase presente lo que dijimos al hablar de los del juicio ordinario. ®

CAPÍTULO XVIII.

DE LA CITACION PARA REMATE, DE LA SENTENCIA
DE REMATE Y DE LAS FIANZAS DE LAS LEYES
DE TOLEDO Y DE MADRID.

Presentados los alegatos de bien probado, el actor pide por lo comun, al terminar su escrito, que se cite para remate, y el juez provee: "Autos, citadas las partes." Se hace la citacion notificándose el auto á ambas partes, y el juez pronunciará la sentencia definitiva de remate (Art. 398 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

Vistas las pruebas y constancias rendidas por ambas partes, el juez sentencia si se ha de llevar adelante la ejecucion ó no, á lo cual equivale la sentencia de remate. En el primer caso, el auto está concebido en estos términos:

El lugar y la fecha.

"Vistos estos autos ejecutivos, seguidos por D. Fulano contra D. N., sobre pago de tal cantidad; la demanda del ejecutante, con el instrumento en que la funda y el acta del embargo; la contestacion del ejecutado; las pruebas rendidas por ambas partes, y todo lo demás que se tuvo presente y ver convino; y considerando: que el instrumento

presentado por el actor, trae aparejada ejecucion por tales y cuales razones, ó que no se ha formalizado oposicion alguna; hecha la citacion y por conclusos los autos, se declara conforme á la ley tal (regularmente es la 19, tít. 21, lib. 4 de la R. y sus concordantes), que ha habido lugar á la ejecucion por la cantidad tal, y que debe aquella continuarse, prévia la fianza correspondiente, haciéndose trance y remate de los bienes embargados, hasta el íntegro pago, y el de las costas causadas y que se causaren hasta la terminacion de este negocio, que deberá seguir los trámites establecidos por la ley. Así definitivamente juzgando, etc."

Pero si el ejecutado probó y fundó su oposicion, formalizándola hasta el grado de que no pueda llevarse adelante en justicia el embargo, entonces la sentencia dirá poco mas ó menos:

"Vistos estos autos ejecutivos, seguidos por D. Fulano contra D. N., sobre pago de tal cantidad: la demanda, etc., etc., y considerando que el deudor ha formalizado su oposicion ejecutiva, se declara, conforme á la ley tal y cual, no deber llevarse adelante el embargo, entregándose en consecuencia al deudor sus bienes, y levantándose el embargo prévio aviso al depositario. Así definitivamente juzgando, etc."

Sigamos el juicio bajo el supuesto de que se diera la primera sentencia.

La sentencia de remate no debe ejecutarse, ó lo que es lo mismo, no se debe hacer el pago al acreedor, mientras éste no dé la fianza correspondiente, es decir, la de la ley de Toledo, si se trata de un juicio ejecutivo que no sea sentenciado por árbitros, según lo exige la ley 2, tít. 21, lib. 4 de la Recopilación, ó la de la ley de Madrid si el juicio fué sentenciado por árbitros; según la ley 4, tít. 17, lib. 11 de la Novísima (Art. 400 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

Es de advertir que estas fianzas se exigen cuando el ejecutado ofrece probar de algun modo su excepcion fuera del término perentorio de los diez días. Por la misma razón, se exige cuando el ejecutado apela de la sentencia de remate, según se deduce del contenido de las leyes citadas.

Por eso hemos visto que el juez, al sentenciar de remate, dice que se llevará adelante la ejecución, previa la fianza correspondiente, y el acreedor está obligado á presentarla antes de que se le entreguen los bienes. La calificación de la fianza se hace por el juez mismo, y de esta calificación no puede apelarse. (L. 4, tít. 17, lib. 11 de la N.)

La diferencia que existe hoy entre las fianzas

de la ley de Toledo y de Madrid, es solo nominal, pues ya no se usan las penas que estas leyes establecían.

No es necesaria la fianza cuando el ejecutante hace que se notifique el auto al ejecutado, y habiendo dejado éste de apelar en tiempo hábil, pida aquel que la sentencia se tenga por consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, y se declara así en efecto antes que el actor perciba su crédito; ni cuando, habiendo el ejecutado apelado de la sentencia, y valdóse de todos sus remedios contra ella, ante los tribunales superiores, fué confirmada y mandada llevar al cabo, porque en estos casos queda concluido enteramente el juicio sobre pago, sin que pueda haber otro que lo reveque.

Se llama apremio en este juicio, el conjunto de los trámites que corren desde la sentencia de remate hasta el pago del crédito.

CAPITULO XIX.

DEL AVALUO DE LOS BIENES EJECUTADOS.

Generalmente el actor, al notificársele la sentencia de remate, que recayó á su favor, dice que se da por entendido, y que nombra por su parte, para perito avaluador de la finca ó de los bienes embargados, á D. Fulanc de tal, pidiendo se no

tifique á la contraria nombre el suyo, y que de no hacerlo así, lo haga el juzgado de oficio. El juez provee de conformidad, y notificado el auto á la otra parte, nombrará su perito avaluador (Art. 402 de la ley de Noviembre de 1858).

El escribano se presentará entonces á los peritos nombrados y les notificará el nombramiento; y si aceptan, se pone la notificación en estos términos:

“En tal fecha, estando presente D. Fulano de tal, le hice saber el nombramiento de perito avaluador de tales bienes, hecho en su persona por la parte tal, de lo que impuesto, dijo lo oye, acepta el cargo y jura en toda forma de derecho desempeñarlo bien y fielmente, sin dolo ni fraude.”

Si alguno de los peritos no acepta el nombramiento, se procederá á nombrar otro en los mismos términos. Presentados los avalúos, los mandará el juez agregar á los autos, y si se dudare acerca de las firmas, como si estuvieren los peritos ausentes en otro lugar, se efectuará el reconocimiento de aquellas.

Cuando los avalúos de los peritos se diferencian de una manera notable, se nombrará un tercero por el juez (ley y art. cit.); pero sin que se tenga por indudable el avalúo de este último, sino solo para ilustrar al juez, que es quien debe decidir en

tal caso, pues la ley 9, tít. 5, part. 5, dice que si el perito nombrado pusiese un precio desaguosamente mucho mayor ó menor, entonces debe ser enderezado el precio, segun albedrío de hombres buenos, es decir, del juez ordinario, pues la ley 31, tít. 34, P. 7, declara que donde dice hombres buenos, se entiendan los jueces ordinarios de la tierra. En la práctica se está, sin embargo, al avalúo del tercero.

Si hubiese pasado mucho tiempo despues de la formación de los avalúos en que hubo la referida diferencia extraordinaria, y al cabo de este gran trascurso y dilacion se pretende fijar el precio verdadero del inmueble, entonces ya no deberá nombrarse un tercero para que haga un nuevo avalúo, pues ya la finca no estará en el mismo estado que guardaba cuando se hicieron los primeros avalúos, puesto que habrá mejorado ó empeorado, sino que lo que debe hacerse es estarse al juicio del juez ordinario, que obrará segun las reglas del derecho para rectificar el precio de la cosa, nombrando, si acaso, á un perito, no para atenerse á lo que éste diga, sino para que le ilustre tan solo; ó haciéndose nuevos avalúos en forma.

CAPITULO XX.

DE LAS ALMONEDAS, Ó DE LA VENTA SUBASTA.

Hechos los avalúos de los bienes, la parte actora, por lo comun, comparece y dice: Que pide se señale día para la primera almoneda, publicándose la venta de los bienes por medio de anuncios en los periódicos, ó en los parajes públicos en caso de no haber aquellos. El juez provee á esta petición: "Como lo pide, señalándose para la primera almoneda la mañana de tal día."

Los avisos que se publican en los periódicos serán de tres en tres dias si los bienes son muebles, y de nueve en nueve si son raíces, escluyendo del término los dias en que se hicieren los pregones ó anuncios (Art. 402 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

Dichos avisos dicen poco mas ó menos:

"En los autos seguidos por D. Fulano contra D. N. sobre tal cosa, se ha mandado por el señor juez de letras, D. Mengano, se proceda á la venta de tal finca (ó de tales bienes) situada en tal ciudad y en tal calle ó paraje, avaluada por el arquitecto D. S. en tal cantidad, señalándose para la primera almoneda el día tantes de tal mes, y á tal hora, en el oficio público del que suscribe, si-

tando en tal parte. La persona que quiera hacer postura, puede acudir á dicho oficio, donde se le darán las instrucciones necesarias.

El lugar y la fecha. Firma del escribano."

Despues de llevar el escribano este anuncio á dos imprentas de donde salgan dos periódicos que tengan mas circulacion, para que los inserten por tres veces en cada uno y en los términos indicados, pondrá una nota en los autos, avisando que quedan dispuestos los anuncios, é insertará en los autos un ejemplar de cada periódico luego que salgan, intercalando tambien una copia simple del aviso; y en caso de no haber periódicos, pondrá tres rotulones en los parajes mas públicos, poniendo en los autos una copia simple de aquellos. A estos anuncios y al verbal que da el pregonero en el acto de la almoneda y en la puerta del oficio, es á lo que se llama pregones. Si las partes renuncian los pregones, no gozarán del término. (Ley y art. cit.)

La almoneda es un acto solemne en el que se enagenan al mejor postor los bienes embargados, en presencia y con autoridad del juez. Regularmente las almonedas tienen lugar en los oficios públicos de los escribanos. Concurren al acto, el juez del negocio, el escribano, el deudor ó embargado si quiere, y los postores, así como tambien

el actor cuando le convenga. Para dar una idea de lo que pasa en la almoneda, pondré un ejemplo de una acta que se levanta siempre al hacerse la diligencia, advirtiendo antes, que las almonedas son tres, en los plazos dichos ya, y que para cada una de ellas se pondrán avisos nuevos; pero si desde la primera se presentare buen postor, se hará en ella la venta.

He aquí el ejemplo del acta de la última almoneda:

“En la ciudad tal y en tal fecha, como día señalado para la tercera almoneda, se reunieron en el oficio público del que suscribe, el señor juez de estos autos, D. Fulano de tal, la parte tal, y la otra cual, y anunciada la venta por el ciudadano N., que hace oficio de pregonero, se presentó D. R. como postor, con papel de abono de D. S., y ofreció tal cantidad y con tales condiciones por la finca. En seguida se presentó D. U. y ofreció tanto mas, y con tales y cuales condiciones, dando papel de abono de D. X.... El señor juez señaló tal hora para la conclusion del remate, y habiéndose pasado la hora señalada, despues de publicarse la postura por el pregonero, en claras é inteligibles palabras, diciendo: “Tal cantidad dan por la dicha finca ó los dichos bienes, bajo tales y cuales condiciones. Si hay quien la mejore, pa-

rezca, que se le admitirá la que hiciere y que apercibo de remate; y pues no hay quien mas dé, que buena pro le haga al postor.” Y siendo pasada la hora, fincó el remate en el postor D. N. Con lo que concluyó la presente, que firmaron los concurrentes con el señor juez. Doy fe. Siguen las firmas.

No se admitirán posturas que bajen de las dos terceras partes, y no habiéndolas, se procederá á la retasa de los bienes para adjudicarlos al acreedor por las dos terceras partes del nuevo valúo, no habiendo otros bienes con que hacer el pago. Si el acreedor no los quisiere recibir por el nuevo valúo, se esperará para el pago hasta que se haga la venta, á cuyo efecto continuarán las almonedas en los términos que solicite el actor. (Art. 403 de la ley de 29 de Noviembre cit.)

Las diversas cuestiones que se ofrecen en el acto del remate, sobre tal postura ó tal otra, para declarar sobre cuál es mejor de ellas, ó sobre otro cualquiera punto incidental, se resolverán allí mismo por el juez, asentándose todo en el acta.

Antiguamente los pregones se daban antes de la sentencia de remate, pero ya desde la ley de 16 de Diciembre de 1853, se acostumbra que no se den sino hasta despues de pronunciada la dicha

sentencia, pues podría suceder que se dieran inútilmente.

CAPITULO XXI.

DEL POSTOR Y SU PAPEL DE ABONO.

Se llama postor al que hace oferta de precio por los bienes que se están rematando. Para ser postor en una almoneda, es preciso llevar el papel de abono correspondiente. El papel de abono es una especie de fianza que estiendo una persona, asegurando que hace buena la oferta que otra persona haga en la almoneda. La firma del fiador debe ir ya reconocida por un escribano, y el papel todo está concebido en estos términos ú otros semejantes:

Sello tantos, etc.—“Abono las posturas, pujas y mejoras que haga D. Fulano, por los bienes tales, ó por la finca cual, que se sacarán á almoneda el día tantos.

El lugar y la fecha. Firma del fiador.

“Certifico en toda forma, que estando presente el Sr. D. N. (el fiador), le presenté la anterior firma para que la reconociera; y habiéndola visto, dijo ser la suya, de su puño y letra, y la misma que usa para sus negocios. Doy fe.

El lugar y la fecha. Firma del escribano.

El papel de abono deberá estenderse en papel sellado del sello correspondiente al monto de la postura. La calificación de la fianza, si ocurre disputa al tiempo del remate, se resolverá por el juez.

No se admite postor alguno si no lleva papel de abono, y dicho papel deberá expresar que se abonon las posturas, pujas y mejoras que haga el postor, porque si solo dijera posturas, por ejemplo, el fiador no estaba obligado al aumento posterior de pujas y mejoras, y espresándose la fianza como queda dicho, se salva toda duda. El postor debe tener los mismos requisitos que se exigen para que una persona pueda contratar.

CAPITULO XXII.

DE LOS TANTEOS Ó RETRACTOS.

En los bienes raíces que se rematan en almoneda ó de otro modo, y que son del patrimonio ó abolengo de alguna familia, los parientes del vendedor ó ejecutado tienen acción, para que dando ellos el precio que ofrece el mejor postor habido en la última almoneda, ó en la venta, se les prefiera, con tal que se presente á ofrecer dicho precio dentro del término de nueve días contados desde aquel en que se hizo la venta. (LL. 7, 8, 9,

11 y 12, tít. 11, lib. 5 de la R.) Pasados los nueve días, ya no hay lugar al retracto, y es de advertirse que este término corre contra los menores aunque sean pupilos, y contra los ausentes, de modo que del lapso de este plazo, no se concede rescisión alguna. (L. 2, tít. 13, lib. 10 de la N.)

Lo cual debe entenderse también respecto de los ignorantes, puesto que los términos de la prescripción corren más bien contra ellos que contra los menores. Se suscitan disputas en la práctica acerca de si los nueve días deberán contarse de momento á momento; pero lo más probable es que se cuenten siempre desde el día de la venta, como sucede en los bienes que se venden en almoneda, pues de lo contrario sería necesario anotar siempre la hora en que se celebraran los contratos de venta, lo cual sería muy bromoso.

Es pues, el retracto, redención ó nueva compra de la cosa que se había vendido, por el mismo precio en que se vendió, y hecha por aquel á quien corresponde este derecho en virtud de ley, costumbre ó pacto.

El pariente del vendedor, que lo sea dentro del cuarto grado, recto ó trasversal, (contándose los grados civiles), y que quiera redimir la venta, ó el socio en el retracto de cosas de la compañía, ó el dueño del dominio directo en la cosa vendida ó

rematada, ó el enfiteuta, ó el superficiario, á todos los cuales corresponde este derecho de retraer las cosas de sus parientes, socios ó connumerados. (LL. 1, 2, 4 y 9, tít. 13, lib. 10 de la N.), se presentarán por medio de un escrito al juez del negocio (si la cosa se remató, á cuyo caso nos estamos contrayendo, ó al correspondiente si la venta fué privada), en cuyo escrito manifieste corresponderle y querer usar el derecho de retracto, que le compete por alguno de los títulos indicados, ofreciendo en tal virtud la misma cantidad y con las mismas condiciones que el mejor postor. Acompañará á dicho escrito la partida de bautismo ó algun otro documento para acreditar su título, y si no pudiere tener á mano aquella ó éste, por estar lejos el lugar de su nacimiento ó de su domicilio, bastará que rinda una breve información de testigos.

Las cosas que retraen los parientes es preciso que hayan estado en el patrimonio ó abalengo, y si ya habían salido de allí por venta verdadera, y sin haberse retraído, después, aunque vuelvan á poder del vendedor, no pueden ser retraídas en caso de venta, pues perdieron su naturaleza primitiva, haciéndose de libre enagenación. Entiéndase sin embargo que el pacto de retrovendiendo no se reputa como verdadera venta. Regularmente se

retraen las cosas inmuebles, pues sobre ellas recae principalmente la afeccion; pero muchos autores opinan que tambien las muebles pueden retraerse.

El que retrae la cosa debe jurar en su escrito, que no lo hace por dolo ni fraude, y que quiere la cosa para sí (véanse las leyes citadas); y no solo deberá pagar el precio ofrecido, sino todos los gastos que se ocasionen en la venta, salvo que se hubiera contratado fuera de cuenta del vendedor.

Atendida pues la naturaleza del retracto y su posibilidad, no deberá el juez aprobar la mejor postura que haya habido en la última almoneda, sino esperar á que pasen los nueve dias que conceden las leyes, y concluidos éstos sin que nadie se presente, se proseguirán los trámites subsecuentes del juicio.

El escrito en que se pide el retracto, dirá poco mas ó menos:

“Señor juez tantos, etc.

Fulano, ante vd., etc., digo: que en el juicio tal y cual que se sigue en este juzgado, se remató tal finca en tal precio, fincando el remate en D. Mengano; mas como la referida finca permaneció siempre en propiedad de mi abuelo paterno D. X., y como se me seguiria perjuicio de que ella saliese de la familia, pi-

do á vd. que recibíendose me informacion sobre estos hechos de propiedad antigua de la repetida finca y de mi parentesco con D. X., se sirva vd. mandar se me adjudique por el mismo precio tal, y bajo las condiciones mismas en que se remató á D. Mengano. Juro proceder sin dolo ni fraude, etc.

A vd. suplico, etc.

CAPITULO XXIII.

SE PIDE LA APROBACION DEL REMATE.

Pasados los nueve dias en que puede tener lugar el retracto, ó desechada la mejor propuesta si se presentó y no tuvo efecto, el postor en quien fincó el remate de los bienes, pide que se apruebe dicho remate, y para esto pone un escrito concebido poco mas ó menos en estos términos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., salvas las protestas oportunas, digo: que fincó en mí el remate de la finca tal, en los términos que se espresa en la respectiva acta de la almoneda, verificada el dia tantos, y estando espedito para el cumplimiento de mi postura, y deseando concluir este negocio, pido á vd., que habiendo pasado ya el término despues del cual se puede pedir la aprobacion del remate;

se sirva aprobar el que he mencionado, mandando se me dé la posesion de la finca, y se me entreguen los títulos correspondientes, así como una copia de las constancias de estos autos, para que me sirvan en el caso de tener que probar mis derechos. Por tanto."

A vd. suplico, etc.

El juez provee á este escrito "Traslado," y con lo que se contesto dentro de tres dias, ó acusándose rebeldía, en caso de no hacerse, pone su decreto de "autos, citadas las partes," y pronuncia definitiva en estos términos ó otros semejantes:

Aquí el lugar y la fecha.

Vistos en el punto sobre remate de tal finca, situada en tal parte; el avalúo presentado por el arquitecto D. Fulano de tal, y cuyo avalúo calcula el valor de la finca en tal cantidad; las almonedas celebradas para el remate de dicha finca; la última, verificada en tal fecha, en la que fincó el remate en D. Fulano de tal, en la cantidad cual y con las condiciones tales y cuales; el escrito que presentó D. Fulano en tal fecha, pidiendo la aprobacion del remate; el traslado que se mandé correr á la otra parte interesada, y la contestacion (ó renuncia) que la dicha parte dió (ó hizo) con respecto al traslado; las citaciones practicadas para la decision de este arteúlo, con lo demás que se

tuvo presente y ver convino, se declara: que de consentimiento espreso de D. Fulano se debia aprobar y se aprobó el citado remate en favor de D. N., con las condiciones tales y cuales, sujetándose por el presente auto á las partes á estar y pasar por ello, ahora y en todo tiempo, para lo cual interpone el presente juez su autoridad y judicial decreto en cuanto haya lugar en derecho; y manda: que D. Fulano de tal entregue la finca al postor D. N., poniéndole en posesion de ella y exhibiéndole los títulos de dominio; oídase por el actuario el correspondiente certificado á la aduana de esta ciudad para que conste el pago del derecho de alcabalas, y oficio á la administracion principal de arbitrios para los efectos consiguientes; y practicado todo lo espuesto, dése á D. Fulano de tal por el presente escribano, certification relativa y literal de lo conducente de estos autos, para que le sirva de título de dominio, ahora y en todo tiempo. Así definitivamente juzgando, etc.

Se notifica el auto á las partes, y cumplido en todo lo mandado por el juez, queda terminado el negocio.

Si en el escrito de aprobacion del remate, no se pidió que se dieran la posesion y los títulos, se pedirán en otro escrito posterior; y si la posesion se ha de dar judicialmente, se señalará dia por el

juez, é irá él mismo ó el escribano por su mandato, á darla, levantando éste último una acta de esta diligencia, cuya acta dice p co mas ó menos:

“En la ciudad tal, y en tal fecha, el señor juez de letras tal de lo civil, D. Fulano, á fin de dar la posesion decretada por auto de fecha tantas, pasó asociado del escribano que suscribe, á la finca tal, situada en tal parte; y estando en ella presente el señor D. S. (el nuevo dueño), y D. L. (el depositario), el espresado señor juez tomó de la mano á D. S., é introduciéndole por todas las piezas y departamentos (si se trata de una casa), ó acompañándole un gran trecho (si se trata de un campo), dijo: que daba y dió la posesion, sin perjuicio de tercero que mejor derecho represente, al espresado D. S., de la referida finca, de la cual no podrá ser desposeido sin ser antes oido y por fuero y derecho vencido; y aquel tomó la posesion real y corporalmente, haciendo verdaderos actos de haber entrado en ella, terminando así esta diligencia que firmaron con el señor juez. Doy fe.”—
Siguen las firmas.

CAPITULO XXIV.

DE LOS PROCEDIMIENTOS DEL JUICIO EJECUTIVO EN SEGUNDA Y TERCERA INSTANCIA.

Ha dicho, hablando de la apelacion en el juicio ordinario y en general, que este recurso puede interponerse siempre que el interés del negocio de que se trata pase de mil pesos, atendido el tenor del artículo 358 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.

La manera de interponer la apelacion en este juicio, el tiempo en que esto deba hacerse, quién sea el juez á quo y quién el juez ad quem, son cosas enteramente iguales á las del juicio civil ordinario; y allá nos remitimos por lo mismo para no incurrir en repeticiones.

Interpuesta la apelacion de la sentencia de remate en tiempo oportuno, se concede en el efecto devolutivo-ejecutivo, como dije antes; y dada la fianza correspondiente por la parte que obtuvo, el juez inferior, ejecutada que sea la sentencia de remate, remite los autos al superior á costa del apelante (Artículos 399 y 400 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

La sustanciacion y los plazos de la segunda

instancia de este juicio, repito que son enteramente iguales á los del ordinario.

En cuanto á la tercera instancia de este juicio, hoy, en virtud del artículo 423 de la ley de 29 de Noviembre citada, no la tiene, ya sea que la sentencia de segunda instancia confirme ó revoque la sentencia de primera.

SECCION SEGUNDA.

DE LAS TERCERIAS, O LO QUE ES LO MISMO,
DEL TERCER OPOSITOR.

CAPITULO UNICO.

Se llama tercer opositor al que sale en un juicio, sea ordinario ó ejecutivo, alegando un tercer derecho sobre la cosa que se disputa; y se llama tercería al artículo que se forma en el juicio comenzado, y en cuyo artículo se ventila el nuevo derecho del opositor.

El tercer opositor se llama coadyuvante si viene adhiriéndose á los derechos del ejecutante ó del ejecutado, y se llama escluyente si viene escluyendo estos derechos.

Siendo algo confusa en nuestro foro la materia de tercerías, pondré desde luego lo que está vigente en este punto, y en seguida procuraré explicar los puntos con alguna detencion:

“El tercer opositor, ya sea en juicio ordinario ó ejecutivo, cuando coadyuve el derecho de alguna de las partes, deberá tomar y seguir el juicio en la instancia y en el estado en que se encuentre al tiempo de la oposicion, sin poder nunca suspenderlo.

“La demanda del tercero que se opone por su propio derecho, escluyendo el de las demás partes deducida en juicio ordinario, lo suspenderá, hasta que sustanciada la tercería con las demás partes, llegue el juicio con el tercero al estado en que se hallaba el principal, continuándose bajo una misma cuerda hasta determinar la primera demanda y la tercera en una sola sentencia.

“En los juicios ejecutivos, la oposicion suspenderá los procedimientos, si el derecho deducido por el tercero fuere de dominio, y se conferirá traslado al ejecutante y ejecutado por su orden, con término de tres dias á cada uno, y en vista de lo que espongan se recibirá la causa á prueba, á peticion de cualquiera de las parte, habiendo méritos para estimarla necesaria, ó en su defecto, se procederá con su citacion á la vista y decision del artículo.

“El término de prueba será de diez dias improrrogables, á cuyo vencimiento podrán intervenir e las

instancia de este juicio, repito que son enteramente iguales á los del ordinario.

En cuanto á la tercera instancia de este juicio, hoy, en virtud del artículo 423 de la ley de 29 de Noviembre citada, no la tiene, ya sea que la sentencia de segunda instancia confirme ó revoque la sentencia de primera.

SECCION SEGUNDA.

DE LAS TERCERIAS, O LO QUE ES LO MISMO,
DEL TERCER OPOSITOR.

CAPITULO UNICO.

Se llama tercer opositor al que sale en un juicio, sea ordinario ó ejecutivo, alegando un tercer derecho sobre la cosa que se disputa; y se llama tercería al artículo que se forma en el juicio comenzado, y en cuyo artículo se ventila el nuevo derecho del opositor.

El tercer opositor se llama coadyuvante si viene adhiriéndose á los derechos del ejecutante ó del ejecutado, y se llama escluyente si viene escluyendo estos derechos.

Siendo algo confusa en nuestro foro la materia de tercerías, pondré desde luego lo que está vigente en este punto, y en seguida procuraré explicar los puntos con alguna detencion:

“El tercer opositor, ya sea en juicio ordinario ó ejecutivo, cuando coadyuve el derecho de alguna de las partes, deberá tomar y seguir el juicio en la instancia y en el estado en que se encuentre al tiempo de la oposicion, sin poder nunca suspenderlo.

“La demanda del tercero que se opone por su propio derecho, escluyendo el de las demás partes deducida en juicio ordinario, lo suspenderá, hasta que sustanciada la tercería con las demás partes, llegue el juicio con el tercero al estado en que se hallaba el principal, continuándose bajo una misma cuerda hasta determinar la primera demanda y la tercera en una sola sentencia.

“En los juicios ejecutivos, la oposicion suspenderá los procedimientos, si el derecho deducido por el tercero fuere de dominio, y se conferirá traslado al ejecutante y ejecutado por su orden, con término de tres dias á cada uno, y en vista de lo que espongan se recibirá la causa á prueba, á peticion de cualquiera de las parte, habiendo méritos para estimarla necesaria, ó en su defecto, se procederá con su citacion á la vista y decision del artículo.

“El término de prueba será de diez dias improrogables, á cuyo vencimiento podrán intervenir e las

partes de las probanzas hechas, para lo cual se entregarán los autos á cada una por tres dias precisos, y trascurridos que estos sean, se mandarán traer para sentencia, prévia citacion.

“Si la sentencia fuere favorable al tercer opositor, se le entregarán los bienes que se hubiere declarado pertenecerle, y el ejecutante usará de su derecho segun le convenga contra los demás embargados ó contra otros del deudor.

“Esta entrega no se hará, sin embargo, sino dando el tercero la fianza correspondiente á favor del ejecutante y ejecutado, de conservar dichos bienes y reñitidos con sus frutos para el caso en que la sentencia del juez inferior se revoque en la segunda instancia, quando ésta proceda segun la cuantía del negocio.

“La sentencia sobre tercería de dominio, que se pronuncie en el juicio ejecutivo, no impedirá, si fuere contraria al opositor, que éste promueva sus derechos en via ordinaria contra quien corresponda, en cuyo caso, el ejecutante dará la fianza respectiva, que caducará si dentro de cuatro meses, contados desde el dia que se otorgue, el opositor no hiciere uso de sus derechos.

“La sustanciacion de la tercería, que se funde en la calidad preferente del crédito del opositor, correrá por cuerda separada con el ejecutante y

ejecutado, siguiendo sus trámites la via ejecutiva en los autos principales hasta la venta de los bienes embargados, cuyo producto se depositará para entregarse al acreedor que obtenga la preferencia en la tercería.

“Por el hecho solo de la presentacion de la tercería, si lo pidiere el ejecutante, se ampliará la ejecucion en otros bienes del deudor que cubran su crédito.

“Si por la ampliacion de la ejecucion se hallaren bienes suficientes para cubrir el crédito del ejecutada sin perjuicio del derecho del opositor, se dirigirán los procedimientos ejecutivos sobre ellos, y el opositor ejercerá el que le compete contra el deudor y los bienes comprendidos en su tercería.”

(Artículos del 404 al 413 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.)

Lo dispuesto por la ley de 29 de Noviembre citada, en materia de tercerías es el resumen de la práctica de nuestro foro, y está conforme con las leyes antiguas sobre este punto, que son principalmente, la 17, tít. 2, lib. 11 Nov. Rec; la 16, tít. 28, lib. 11 del mismo código; la 3, tít. 27, P. 3; y está tambien conforme con las doctrinas de los autores, segun se puede ver en el conde de la Cañada, *Jur. civ.*, part. 2, cap. 10, nn. 12 y sig.;

Cur. Filíp., part. 2, § 26, núm. 10, § 26, núm. 11.

Se ve, pues, por lo dicho, que los dos primeros artículos de los copiados aquí sobre tercería, que trae la ley de 29 de Noviembre de 1858, hablan del tercer opositor que sale en un juicio ordinario, y están tan claros esos dos artículos, que no necesitan explicación.

El tercero de los artículos citados, comienza ya á ocuparse de las tercerías que tienen lugar en el juicio ejecutivo, y establece la regla de cuándo se suspenden los procedimientos de un juicio ejecutivo por la aparición de una tercería, advirtiendo que para que tenga lugar esta suspensión, es preciso que la tercería sea de dominio. Pero debe notarse además, que esta regla lleva la inteligencia de que para suspenderse el curso del juicio ejecutivo, es preciso, no solo que la tercería sea de dominio, sino que se funde en instrumento que sea terminante ó que lleve aparejada ejecución; pues de lo contrario, bastaría cualquiera demanda ordinaria por insignificante que fuese, para que presentada en juicio ejecutivo, en calidad de tercería, se suspendiese el curso del juicio, y quedasen burlados por mucho tiempo cuando menos, los derechos del ejecutante que seguía el juicio principal. Esto se aclara mas con un ejemplo.

Supóngase que el individuo P. se presenta

contra M. con demanda ejecutiva de diez mil pesos que constan deberse en una escritura pública. Espedido el mandamiento ejecutivo contra M. y hecho el embargo de éste, en una finca que se creía de su propiedad, se presenta R. con tercería de dominio y ordinaria, y pretende paralizar el curso del juicio ejecutivo, alegando que la casa embargada le pertenece en propiedad, y que no es del ejecutado; pero no funda su aserto en un documento público y privilegiado, sino que se refiere á escrituras que no fijan de una manera terminante su derecho, ó á otros documentos de poca fuerza, en una palabra, se presenta con demanda ordinaria. ¿Podrá pensarse siquiera un momento que este derecho dudoso paralice la fuerza y el curso de un derecho que viene constando en un instrumento terminante y privilegiado por las leyes? Es bien sabido en físico, que de dos fuerzas desiguales que se oponen, vence la mayor; y en el órden intelectual, es tambien un axioma que dos demostraciones contrarias, la victoria está por la mas convincente y enérgica.—Se dirá que en el ejemplo puesto y en todos los casos que ocurran, puede suceder muy bien que el tercer opositor que sale en via ordinaria, tenga un positivo derecho de dominio en los bienes embargados, y que dé la casualidad que se le estravía-

ron los títulos, ó no los tuviera en su poder, siguiéndosele gran perjuicio de que llegara á rematarse la finca embargada, en la que tal vez tuviese precio de afección é imposibilidad de volverla á conseguir una vez vendida; y que atendidas estas razones, debía suspenderse el curso del juicio principal, hasta determinar lo cierto en este punto. Pero repito en contestación, que las leyes no deben atender á los casos fortuitos, y que en el órden natural debe ser preferido el que se presenta á cobrar una deuda en virtud de un instrumento privilegiado, que el que se presenta con un derecho dudoso en vía ordinaria. Y sobre todo, que en el caso puesto y en todos los que ocurran semejantes á él, el ejecutor principal dará la fianza correspondiente al adjudicarsele en pago de su deuda los bienes que se creen del acreedor, ó el importe de ellos; y en virtud de esta fianza es claro que si los bienes que se creían del ejecutado no son suyos, los devolverá el ejecutante principal, ó devolverá su importe si resultare no ser del ejecutado; y además, el opositor tiene también á mayor abundamiento, en este último caso, la acción reivindicatoria contra cualquier poseedor, y pedirá también si quiere la cosa suya por medio de la restitución in integrum que concede la ley I, tit. 26, P. 3, al que hubiere sido condenado por senten-

cia que se dió en virtud de "instrumentos" ó testigos falsos.

En apoyo de la inteligencia que he dado al artículo de la ley, sobre que solo se suspenderán los procedimientos del juicio ejecutivo si la tercería fuere de dominio y se funda en instrumento que lleve aparejada ejecución, viene además el artículo 410 de la misma ley, en el que se espresa que la sentencia sobre tercería de dominio que se pronuncie en el juicio ejecutivo, no impedirá, si fuere contraria al opositor, que éste promueva sus derechos en vía ordinaria contra quien corresponda; por cuyas palabras en vía ordinaria se ve clarísimamente que la ley entiende que el tercer opositor de dominio se había presentado ejecutivamente, es decir, con instrumento que traía aparejada ejecución; y que declarado este opositor sin derecho á la ejecución, se le deja el remedio de recurrir á la vía ordinaria.

De modo que cuando se trata de tercerías, se deben examinar principalmente estos dos puntos: 1.º —Si la tercería es de dominio ó de preferencia de crédito.—2.º Si la acción que se intenta en la tercería de dominio es ejecutiva ú ordinaria. (R)

Ya hemos visto lo que debe suceder en el juicio ejecutivo cuando la tercería es de dominio y se presenta con demanda ejecutiva ú ordinaria; y

ahora, en cuanto á la tercería sobre preferencia de crédito, ya se presente con demanda ejecutiva ú ordinaria, no suspende el curso del juicio ejecutivo, sino que éste seguirá sus trámites en los autos principales hasta la venta de los bienes embargados, cuyo producto se depositará para entregarse al acreedor que obtenga la preferencia en la tercería.

Los artículos citados de la ley de 29 de Noviembre de 1858, resuelven también la cuestión de lo que deberá hacerse si el tercer opositor sale después de pronunciarse la sentencia de remate, pues en el mismo hecho de no hacer dichos artículos distinción alguna sobre esto, dejan vigente la práctica del foro, que en nada se opone á la doctrina que ellos arrojan; de manera que una tercería de dominio con acción ejecutiva, suspenderá los procedimientos del juicio principal del modo mismo que expliqué antes, ya sea que el tercer opositor salga antes ó después de la sentencia de remate; y una tercería de preferencia de crédito, ya sea que venga con demanda ejecutiva ú ordinaria, y que se presente antes ó después de la sentencia de remate, no suspenderá los procedimientos del juicio principal, sino que se hará la venta de los bienes, y el producto se depositará como queda expresado, hasta saberse las resultas.

En cuanto á los procedimientos en la sustanciación de las tercerías, quedan esplicados con suma claridad en los artículos citados de la ley vigente; y solo me resta poner ejemplos de los escritos de tercería ejecutiva de dominio y de tercería de preferencia de crédito, para que no haya duda alguna en la práctica.

Ejemplo de tercería de dominio:

“Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., como mejor proceda, digo: que he tenido noticia de que se ha embargado una casa en tal calle y con el número tantos, de orden de ese juzgado, y por creerse de la pertenencia del deudor D. Fulano. La dicha finca es de mi propiedad, pues la compré en tal fecha, en virtud de un contrato otorgado ante el escribano tal y que fué reducido á escritura pública, como aparece del instrumento público que debidamente acompaño.”

“Tengo, pues, un dominio indisputable en dicha casa, para que se me proteja en él, y en tal virtud, suplico á vd., que habiendo por presentado dicho documento y admitiendo mi tercería, que es de dominio, se sirva mandar se alce el embargo de la expresada finca, y

se me entregue ella como á su legítimo dueño, pudiendo el acreedor dirigir su acción contra cualesquiera otros bienes del deudor, y que entretanto, se suspendan los procedimientos de estos autos. Por tanto,

A vd. suplico, etc.”

El juez provee: “Por presentado con el documento que se acompaña. Se admite la tercería en cuanto haya lugar en derecho: córrase de ella traslado por tres dias al ejecutante, y suspéndanse los procedimientos de los autos principales.” Luego que conteste el traslado el ejecutante, se correrá al ejecutado por igual plazo de tiempo, y seguirá la tercería los trámites que se han espresado ya.

No es necesario pedir que la tercería corra por cuaderno y cuerda separada, porque es cosa sabida que así deberá ser.

Ejemplo de una tercería de prelacion ó de preferencia de pago:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., como mejor proceda, y salvas las protestas oportunas, digo: que como consta por los documentos que debidamente acompaño, soy acreedor del ejecutado, por tal cantidad, que me debe por ta-

las y cuales motivos; y teniendo un derecho preferente para que se me pague antes que á cualquiera otro interesado, y no poseyendo el deudor mas bienes que los embargados en estos autos, corresponde que con ellos se haga pago de toda preferencia, bajo fianza que daré de acreedor de mejor derecho. Por tanto,”

A vd. suplico, etc.

El juez provee poco mas ó menos: “Por presentado, etc. Traslado al ejecutante por tres dias.”

SECCION TERCERA.

DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

CAPITULO I.

DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN GENERAL.

He dicho que al juicio ejecutivo suelen seguir las tercerías y el concurso de acreedores; y como ya hablé de las primeras, voy á tratar ahora del segundo.

El concurso de acreedores consiste en la reunion de los individuos que tienen créditos contra

se me entregue ella como á su legítimo dueño, pudiendo el acreedor dirigir su acción contra cualesquiera otros bienes del deudor, y que entretanto, se suspendan los procedimientos de estos autos. Por tanto,

A vd. suplico, etc.”

El juez provee: “Por presentado con el documento que se acompaña. Se admite la tercería en cuanto haya lugar en derecho: córrase de ella traslado por tres dias al ejecutante, y suspéndanse los procedimientos de los autos principales.” Luego que conteste el traslado el ejecutante, se correrá al ejecutado por igual plazo de tiempo, y seguirá la tercería los trámites que se han espresado ya.

No es necesario pedir que la tercería corra por cuaderno y cuerda separada, porque es cosa sabida que así deberá ser.

Ejemplo de una tercería de prelacion ó de preferencia de pago:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., como mejor proceda, y salvas las protestas oportunas, digo: que como consta por los documentos que debidamente acompaño, soy acreedor del ejecutado, por tal cantidad, que me debe por ta-

las y cuales motivos; y teniendo un derecho preferente para que se me pague antes que á cualquiera otro interesado, y no poseyendo el deudor mas bienes que los embargados en estos autos, corresponde que con ellos se haga pago de toda preferencia, bajo fianza que daré de acreedor de mejor derecho. Por tanto,”

A vd. suplico, etc.

El juez provee poco mas ó menos: “Por presentado, etc. Traslado al ejecutante por tres dias.”

SECCION TERCERA.

DEL CONCURSO DE ACREEDORES.

CAPITULO I.

DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN GENERAL.

He dicho que al juicio ejecutivo suelen seguir las tercerías y el concurso de acreedores; y como ya hablé de las primeras, voy á tratar ahora del segundo.

El concurso de acreedores consiste en la reunion de los individuos que tienen créditos contra

un deudor comun, hecha con el objeto de ver cómo se pueden pagar mejor dichos créditos.

El concurso de acreedores se divide en voluntario y necesario.

Un comerciante ó propietario que ha sufrido graves pérdidas por alguna desgracia de la fortuna, deberá examinar atentamente el estado de su activo y de su pasivo, y hallando diferencia notable en su contra, se hará esta pregunta: ¿Puedo reponer la pérdida por medio de mi crédito ó del socorro pronto de algun amigo, ó cuento solo con reponerme dentro de algun tiempo? Si el crédito ó los ausilios de los amigos están prontos, el comerciante está salvado; pero si por desgracia no es así, habrá que recurrir á otros remedios que son de mas categoría. Estos remedios son: ver, primero, si los acreedores quieren conceder esperas mientras el comerciante repone sus fondos; ó ver, no siendo eso posible, si quieren los acreedores, en vista de la desgracia inesperada que causó el atraso del deudor, perdonarle alguna parte de las deudas, que de otra manera pueden perderse en su totalidad; y por último, si esto no es tampoco posible, el deudor deberá ceder en pago los bienes que le quedan á sus acreedores. Estos tres remedios que puede escoger el deudor, atendida la

menor ó mayor gravedad del caso, forman el concurso voluntario.

Pero si los referidos remedios no se toman á tiempo, puede venir el concurso necesario, que tiene lugar en tres casos:

Cuando alguno de los acreedores pide ejecucion contra el deudor, y dos ó mas se oponen, alegando preferencia y con accion ejecutiva; cuando muerto el deudor se presentan los acreedores en el juicio de su testamentaria, y cuando el deudor se fuga ó quiebra y sus acreedores piden sus bienes.

Consideraré por separado el concurso voluntario y el necesario en sus respectivos casos, advirtiendo que el voluntario procede del deudor comun, y es por lo mismo univ-er-al á todos los acreedores, mientras que el necesario procede de los acreedores, y es por lo mismo particular á los que se presenten en él.

CAPITULO II.

DEL CONCURSO VOLUNTARIO PARA PEDIR ESPERAS.

Las esperas consisten en la moratoria que pretende el deudor para pagar á sus acreedores.

Examinaré aquí quiénes pueden pedir esperas, quiénes deben y pueden concederlas, cuándo pue-

den pedirse las esperas, y cuáles son los trámites del concurso en que se piden.

En cuanto al primer punto, desde luego se ve que pueden pedir esperas los deudores que hayan sufrido algun quebranto en su fortuna, y que se requiere que el deudor proceda de buena fe, sin haber hecho fraude ni engaño (LL. 5, tít. 15, P. 5; 95 tít. 15, lib. 2, y las 13 y 14, tít. 8, lib. 8 Rec. de Indias); puede pedir esperas tambien el apoderado con poder bastante, y no solo los particulares, sino las corporaciones; pero á los albaaceas les están prohibidas las esperas, segun la ley 28, tít. 7, lib. 1 de la Rec. de Ind.

Con respecto á lo segundo, hoy que se respeta tanto la propiedad, no pueden ser concedidas las esperas por el gobierno cuando se trata de intereses de particulares, como sucedia antiguamente, y á cuyas esperas se llamaba *moratoria*, sino que solo pueden concederlas los acreedores, que son los verdaderos dueños de sus créditos, y en cuyo arbitrio está, por lo mismo, conceder ó no la suspension del pago de dichos créditos.

Con respecto á cuándo deban pedirse las esperas, la ley 5, tít. 15, P. 5, exige que se pidan antes de que el deudor haga cesion de bienes, y exige además para que sean válidas, que todos los créditos sean verdaderos y no simulados, que

conste dicha concesion por instrumentos legítimos, pues no basta la confesion [del deudor ni el reconocimiento de su vale, y que se citen y convoquen á un lugar todos los acreedores, aunque podrá el deudor verlos uno á uno, especialmente cuando algunos resistan la concesion.

El beneficio de la concesion de esperas puede renunciarse, pues el deudor tiene despues el de la cesion de bienes, que no puede renunciar.

Los procedimientos en el concurso de esperas se reducen á los siguientes. El deudor formará listas de sus haberes y deudas, y las presentará al juez ordinario del lugar, acompañando un escrito que dirá poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., como mejor proceda y salvas las protestas oportunas, digo: que por motivos independientes de mi voluntad y por una desgracia de la fortuna, que tuvo lugar de tal manera, me hallo en el caso de no poder cumplir esactamente mis compromisos como quisiera; y creyendo que podré hacer esto dentro de tanto tiempo, en que calculo me repondré de las pérdidas que he sufrido, he determinado solicitar de mis acreedores la espera del referido plazo, suficiente

para poder pagarles. A este fin, presento las adjuntas listas, en que constan mis haberes, que importan tanto, y mis deudas, que se elevan á quanto, protestando ser legales y fieles las dichas listas; y para que tenga efecto dicha gracia, á vd. suplico que habiéndolas por presentadas, se sirva mandar convocar á todos los acreedores que constan en las citadas listas, á la junta que deberá celebrarse en la presencia judicial, el día y hora que vd. señale, para tratar de dicha espera, y en el caso de estar conforme la mayoría de los acreedores en cantidad, se sirva vd. aprobar dicha espera, condenando á los disidentes á que estén y pasen por ella, por ser así justicia.

A vd. suplico, etc.

"Otrosí digo: que F. y N., acreedores contenidos en las listas citadas, están averendados en tal parte, y para que pueda citárseles á dicha junta, conviene que al efecto se despache exhorto al señor juez de letras de dicho punto, con inserción de este escrito. Fecha ut supra."

El juez provee: "Por presentado con los documentos que acompaña. Hágase saber á todos los acreedores contenidos en las listas, que concurran

por sí ó por medio de apoderado á la junta que se ha de celebrar en la presencia judicial tal día, á tal hora, en tal parte, en la inteligencia que de no presentarse, les parará el perjuicio que haya lugar en derecho. Y en cuanto al otrosí, librese el exhorto que se pide."

Llegado el día de la junta, se reúnen los acreedores en el lugar fijado y deliberan á presencia del juez sobre si admiten ó no las esperas; y si las admiten, por cuanto tiempo, siguiéndose en la deliberación el voto de la mayoría de los créditos, de todo lo cual se levantará un acta que firmarán los concurrentes con el juez. Si todos los acreedores convienen unánimemente en conceder las esperas, el juez proveerá inmediatamente después del acta de la junta: "Vistes los efectos de la junta anterior, en que se trató de si se admitían ó no las esperas pedidas por D. Fulano en su escrito de tal fecha, se conceden dichas esperas por tanto tiempo, de consentimiento de los interesados, y sin perjuicio de tercero; y en consecuencia, se condena á los interesados á estar y pagar por ellas, para lo cual, el presente juez interpone su autoridad y judicial decreto."

Quando la mayoría de los acreedores concede las esperas y la minoría las niega, el deudor presenta un escrito al juez, pidiendo se obligue á es-

tos últimos á pasar por las dichas esperas. El escrito dirá:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, ante vd., como mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que habiendo sufrido algunos contratiempos en mi fortuna, me ví precisado á contraer cuantiosas deudas, de manera que no alcanzan ya mis bienes para pagarlas con la puntualidad que exige la buena fe y que yo quisiera. En tal virtud, he reunido á mis acreedores y he podido obtener de la mayoría de ellos en cantidad de créditos, que me concedan la gracia á que aspiraba, de esperarme para su pago hasta tal tiempo, segun todo se acredita del testimonio autorizado que en debida forma presento; y habiéndose negado la minoría de mis acreedores, que son Fulano y Mengano, á suscribir esta espera, suplico á vd. que teniendo por presentado dicho documento, se sirva condenar á dichos acreedores á que estén y pasen por la gracia concedida, sin que mientras se cumpla el plazo señalado puedan inquietarme con la reclamacion de sus créditos. Por tanto,

A vd. suplico, etc."

El juez provee: "Por presentado con el documento que se acompaña. Córrese traslado de este escrito á los acreedores D. Fulano y D. Mengano."

Contestado el traslado por dichos acreedores, y atendidas las razones que espongan, el juez mandará ó no el que estén y pasen por la espera que concedió la mayoría de créditos.

Regularmente las esperas se conceden por el término de cinco años, aunque la duracion del plazo queda al arbitrio de los acreedores, atendida la peticion del deudor, quien si ve que no puede pagar dentro del término que le quieren conceder sus acreedores, podrá hacer cesion de bienes.

CAPITULO III.

DEL CONCURSO VOLUNTARIO PARA PEDIR QUITAS.

La remision, pacto de no pedir, ó condonacion que los acreedores hacen al deudor, de una parte de sus deudas, es lo que se llama quita ó quitas.

Pueden solicitar las quitas los mismos que dijimos antes podian pedir esperas, con tal que no hagan fraude ni sean los acreedores sospechosos, al menos la mayoría, ni parientes del deudor (Greg. Lop., glo. 2 de la l. 6, tit. 15, P. 5, y Febr. de Tap., tom. 5, tit. 4, cap. 5, n. 3).

La misma razon natural indica que las quitas deben solicitarse antes de hacer cesion de bienes, y que puede renunciarse el beneficio de aquellas, lo mismo que el de las esperas.

Solo los acreedores pueden conceder quitas, puesto que ellos son los dueños de sus créditos, y que así lo previene la l. 32, tít. 18, P. 3

Los trámites de este concurso son enteramente iguales á los del anterior. El que pretende las quitas presentará un escrito al juez ordinario en la misma forma que el que se usa para pedir esperas; el juez mandará citar á junta á los acreedores listados, y reunidos éstos, determinarán por mayoría de créditos si conceden ó no las quitas, y al acreedor que citado no comparece, le perjudica la quita concedida por los demás, menos en dos casos: cuando su crédito es mayor que todos los otros, y cuando tiene hipoteca especial, ó tiene en prenda alguna cosa del deudor, y los demás son personales (L. 6, tít. 15, P. 5); y Gregorio López dice en la glosa 6 de la ley citada, que en este caso no le perjudicaria la quita, aunque estuviese presente, si no consintió; y Febrero extiende la excepcion á la hipoteca general.

CAPITULO IV.

DEL CONCURSO VOLUNTARIO PARA HACER CESION DE BIENES.

La cesion de bienes consiste en que el deudor, no pudiendo cubrir sus compromisos, entregue sus haberes á los acreedores para que éstos se paguen como mejor puedan.

Pueden usar del beneficio de la cesion de bienes, no solo los particulares, sino tambien cualquiera comunidad, pueblo ó menor; y aunque no está espresamente establecido que el pueblo pida licencia al gobierno, ni que el menor necesite informacion de utilidad y decreto judicial, lo mas seguro es no omitir estas circunstancias, segun observa Febrero, en su tom. 5.º, tít. 4, cap. 1.º, núm. 3. Respecto del menor, su curador es el que debe promover la cesion. Tambien puede hacer cesion de bienes el albacea testamentario á quien no alcanzan los bienes del difunto para hacer la particion entre los deudores. En la práctica no se admite á los clérigos el hacer cesion de bienes, ni la pueden hacer tampoco los arrendadores de rentas, sus fiadores y abonadores (L. 1, tít. 9, lib. 9 de la R.); ni los que ocultaron bienes,

y celebraron ventas y contratos con ánimo de hacer quiebra; finalmente, ni los mercaderes y comerciantes que alzaren ú ocultaren bienes, pues á éstos los reputa la ley como ladrones públicos. (LL. 1 y 2, tít. 32, lib 11 de la N.) Gregorio López, en la glosa 4 á la ley 4, tít. 15, P. 5, asienta que no puede hacer cesion de bienes el deudor que obtuvo esperas de sus acreedores y que gozó de ellas; pero no estando expresada en la ley esta prohibicion, no existe razon bastante para imponerla, y menos en el caso muy posible de que las esperas hubiesen sido inútiles al deudor por razon de sus desgracias.

La cesion de bienes puede ser de dos maneras: *voluntaria* ó *extrajudicial*, que es la que hace el deudor en contrato extrajudicial con sus acreedores, y con las condiciones en que ambos convengan; y *necesaria* ó *judicial*, que es el beneficio que la ley concede al deudor desgraciado y de buena fe, á quien se permite hacer ante el juez el abandono de todos sus bienes á sus acreedores. (L. 1, tít. 15, P. 5) Esta cesion se llama *necesaria*, porque si el deudor procede de buena fe, tienen que admitirla necesariamente los acreedores, si no es cuando la intenta hacer algun deudor á quien la ley se lo prohíbe. Antiguamente era preciso que el deudor estuviese preso para que se le

admitiese la cesion; pero ahora se le admite aunque se halle en libertad, salvo que haya cometido delito que merezca pena corporal.

No puede el deudor renunciar válidamente en sus contratos, ni aun con juramento, el beneficio de la cesion; porque la cláusula de la renuncia y el juramento, llegarían á ser de estilo y harían inútil el beneficio de la ley, no solo en perjuicio del deudor, sino tambien en el de su familia.

La ley quiere que en la cesion queden comprendidos *todos* los bienes del deudor, y solo exceptúa su vestido ordinario (L. 1, tít. 15, P. 5). Pero los autores, apoyados en sólidas razones, exceptúan tambien los instrumentos de la profesion, arte ú oficio que el deudor ejerciere; pues de otro modo quedaria privado de los medios de procurarse la subsistencia, y de adquirir otros bienes para completar el pago de sus deudas; y aun parece justo que se estienda la excepcion á todas aquellas cosas que las leyes han declarado exentas de traba, y que ya enumeré al hablar de los bienes sobre que puede recaer la ejecucion; debiéndose tener presente lo que allí mismo dije sobre las personas que gozan el beneficio de competencia. ®

La cesion judicial no confiere á los acreedores la propiedad de los bienes del deudor, sino el derecho de hacerlos vender y percibir los frutos has-

ta la venta para cubrir el importe de los créditos. (L. 1, tít. 15, P. 5.)

El deudor no queda libre de sus deudas por la cesion sino hasta la cantidad concurrente del valor de los bienes abandonados; de modo que en caso de no ser éstos bastantes, si despues llegare á mejor fortuna, deberá completar el pago de las deudas aunque reservándose lo necesario para su manutencion. (L. 3, tít. 15, P. 5.)

El fiador no queda libre de la fianza por la cesion; y así podrán reconvenirle ó demandarle los acreedores para que pague las deudas, en cuanto no alcancen los bienes del principal deudor. (L. 3, tít. 15, P. 5.)

Los efectos del beneficio de la cesion de bienes consisten hoy, por parte del deudor, en que se libra de contestaciones con sus acreedores mientras se sustancia el concurso, haciéndose acumulacion de autos, y por parte de los acreedores, en la porcion que puedan salvar de sus créditos.

Visto ya quienes pueden hacer cesion de bienes, los casos en que ella tiene lugar, y los efectos del beneficio, pasemos á los procedimientos materiales.

El deudor que quiera hacer cesion de bienes, forma una lista de sus haberes y otra de sus deu-

das, y las presenta al juez ordinario del lugar, con un escrito que dirá poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., por el ecurso que mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que á causa de acontecimientos desgraciados y de cambios de fortuna que no estaba en mi mano evitar, y que consistieron en tal y cual cosa, mis negocios han sufrido quebrantos de tal consideracion, que me veo al presente en el caso de solicitar la cesion de mis bienes, puesto que no me es posible llenar debidamente mis compromisos, como quisiera, y que el medio que propongo es el único que se me presenta favorable para libertarme de una bancarrota.

“En tal virtud, pido á vd. que atendidas las causas espuestas, se sirva dar por presentadas las dos listas de mis bienes y deudas, que acompaño á este escrito, importando las primeras tanto y las segundas cuanto, bajo protesta de ser las dichas listas legales y fieles; y pido tambien se sirva vd. convocar á mis acreedores para que resuelvan si admiten la cesion propuesta, haciendo acumulacion de los autos que se sigan en los tribunales

por cobro de créditos contra mí, y nombrando entretanto un depositario de mis dichos bienes. Por tanto,

A vd. suplico, etc."

El juez examina las listas, y si hay tres acreedores cuando menos, que es el menor número que se exija para que haya concurso, provee: "Por presentado con los documentos que se acompañan. Cítese á los acreedores para una junta que tendrá lugar en tal día y á tal hora, bajo el apercibimiento de que si no concurren, les parará el perjuicio que haya lugar en derecho; y hágase la acumulación que se solicita."

A los acreedores ausentes se les citará por medio de requisitorias, y si no se sabe dónde están, se hará la cita por medio de avisos en los periódicos ó parajes públicos, pues este concurso es universal, á diferencia del necesario en que solo serán citados los acreedores que se presenten. Si no comparecen los ausentes dentro del término señalado, se les nombrará un defensor que los represente.

Llegado el día de la junta para que se hizo la cita, se reúnen los acreedores y deliberan sobre los varios puntos á que da lugar un concurso, y de los cuales se forma una idea leyendo un ejemplo

del acta que se levanta sobre dicha junta. Dice el ejemplo:

"En tal día, como señalado para la junta á que mandó citar el señor juez de estos autos, D. Fulano de tal, se reunieron en su casa con tal objeto los señores siguientes: (aquí los nombres de los acreedores.) Antes de comenzar, dijo el señor juez que se le habían presentado los señores tales, á manifestarle que no concurrían á la junta por sus muchas ocupaciones; pero que se suscribían á la mayoría de votos. En seguida se leyeron por mí el escribano, tanto la descripción de bienes y deudas, como el escrito y auto con que dan principio estas diligencias, quedando enterados los concurrentes del contenido de ellos. (Si el cesionista ha descubierto algunos otros créditos, lo manifestará aquí para que se tengan presentes.) Se trató luego la discusión sobre si se admitía ó no la cesion que se formalizaba. Se admitió en seguida por unanimidad ó mayoría de los acreedores (quedando adheridos, por consiguiente, los señores tales, que no concurren, pero que avisaron estarian por lo que determinara la mayoría.) —Se trató luego sobre si habria de nombrarse junta menor ó síndico para el concurso, y sobre si el nombrado habia de reunir el cargo de depositario; y acordado que se nombrara síndico depositario,

se entró en discusión sobre las facultades que debían concedérsele, conviniendo en que fueran las de hacerse cargo de todos los bienes correspondientes al cesionista; la de depurar y liquidar las cuentas con todos los acreedores; la de ratificar la existencia de todos los bienes listados, y descubrir los demás que pertenezcan al concurso; la de poder vender tales y cuales cosas, la de poder transigir, etc., etc., y la de formar el proyecto de graduación, para que enterados de él los acreedores, acuerden su aprobación ó lo que tengan á bien. Fijadas así las atribuciones del síndico (ó las de la junta menor), se procedió á la votación del que debiera serlo (ó de los individuos que debieran componerla), habiendo resultado electo (ó electos) D. Fulano de tal (ó los señores tales), quien (ó quienes) en consecuencia, pidió (ó pidieron) que para el cumplido desempeño del encargo con que se le (ó se les) honra, se le (ó se les) diese constancia autorizada de su nombramiento, pues de otra manera no podrían acreditar su personalidad. Con lo que se terminó la junta, firmando esta acta que se levantó de ella, los concurrentes con el señor juez. Doy fe."

Siguen aquí las firmas.

El juez proveo en seguida el siguiente auto:
"Visto lo acordado por los acreedores en la junta

anterior, se da por admitida la cesión de bienes, en cuanto ha lugar por derecho; y dese á D. Fulano de tal (el síndico) (ó á los señores tales, si fué junta menor) una copia autorizada del acta de la junta, en que consta su nombramiento (ó sus nombramientos).

En seguida, todas las demandas que pongan los mismos acreedores ú otros nuevos que aparezcan, y en general todas las diligencias, se entenderán con el síndico del concurso ó con la junta menor, que como hemos visto, quedan representando el dicho concurso, sirviéndoles de poder para acreditar su personalidad en todos los juicios que se promuevan, el acta de sus respectivos nombramientos, en cuya acta irán detalladas las facultades con que fueron investidos, sin que puedan excederse en ellas, sin la nueva concesión de los acreedores reunidos.

El cuaderno en que corren las constancias que hemos examinado hasta aquí, es el que se llama principal, y á él se seguirán agregando las diligencias que toquen á la prosecución del concurso, como las actas de otras juntas en que se resolviere algun punto, hasta la presentación de las cuentas del síndico ó de la junta menor, el proyecto de graduación si se acordó que lo hubiera, y la sentencia que recaiga sobre la dicha gradua-

cion ó el orden con que se han de pagar los créditos. Todos los demás incidentes que se ofrezcan, como el negocio en que se trate de la venta de bienes ú otro cualquiera, deberán correr por cuaderno separado, debiendo tener cuidado el escribano de numerar los cuadernos segun el orden en que aparezcan, para evitar la confusion.

Cuando h. y disputa entre los acreedores de un concurso, se atenderá á lo que diga la mayoría de los créditos.

Al terminar los capítulos en que se trate de los concursos, pondré el orden en que han de ser pagados los créditos, segun sus especies.

CAPITULO V.

DEL CONCURSO NECESARIO QUE TIENE LUGAR CUANDO ALGUNO DE LOS ACREEDORES PIDE EJECUCION CONTRA EL DEUDOR, Y DOS Ó MAS SE OPONEN PRETENDIENDO SU PREFERENCIA.

Dijimos ya lo que era el concurso necesario y en qué casos tiene lugar, siendo uno de ellos el objeto de este capítulo. Dije tambien que el concurso necesario, como que no procede del deudor comun, sino de los acreedores que se presentan contra éste, es particular á solo ellos.

En cuanto á los procedimientos en este concurso, son los siguientes. Se supone que hay ya un juicio ejecutivo contra el deudor, y que en este estado de cosas se presentan otros dos ó mas acreedores, alegando preferencia: pues entonces uno de éstos previene el concurso y pide que se forme. El escrito en que se hace este pedimento, dice poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

Fulano de tal, ante vd., por el ocurso mas oportuno, digo: que en este juzgado se están siguiendo, además de estos autos ejecutivos contra N., por cobro de tal cantidad, otros á instancia de S. y de R., con igual objeto; y á fin de que no se divida la continencia de la causa, ni sean contradictorias las providencias que recaigan en cada uno de dichos procedimientos; y para que todos los acreedores puedan cobrar sus créditos segun su privilegio y preferencia, si como hay motivos para temer, no alcanzan para satisfacerlos los bienes todos del deudor, se está en el caso de que se declare á éste en concurso necesario. Por tanto, suplico á vd. se sirva mandar declarar el concurso necesario, acumulándose todos los autos espresados, y convocándose

en la forma ordinaria, junta general de acreedores, lo cual se haga saber al deudor para los efectos oportunos.

A vd suplico, etc.

El juez provee: "Acumúlense á estos autos todos los demás de que se ha hecho mencion y se da por prevenido el concurso necesario á los bienes de N.: procédase en consecuencia á convocar á todos los acreedores que resultan de los espresados autos, y á todos los demás que pueda haber contra el mismo deudor, á cuyo efecto, cítese á los que haya en esta poblacion y envíense exhortos para los ausentes, publicándose avisos en los periódicos para los ignorados, para que todos concurren por sí ó por medio de personas autorizadas, á la junta que se ha de celebrar en tal parte y en tal dia, bajo apercibimiento que de no verificarlo, les parará el perjuicio que haya lugar."

Llegado el dia de la junta, se reúnen los acreedores en la presencia judicial y nombran su síndico ó junta menor que los represente, detallándole las facultades que le conceden, y levantándose de todo un acta, de la misma manera que se hizo cuando la cesion de bienes. Las diligencias todas se entenderán en seguida con el síndico ó con la junta menor, y los trámites subsiguientes

y la formacion de cuadernos de este concurso son los mismos que marqué para la cesion de bienes.

Si habia algun opositor en via ordinaria al formarse el concurso necesario, deberá continuar su oposicion hasta la sentencia declarativa, y entonces, si obtuvo, presentará su derecho para que se le tenga por parte en el concurso, si aun no ha terminado éste, ó para que se le pague por los acreedores que tengan menos derecho que él, pues al hacerse los pagos en un concurso, es sabido que se da la fianza de acreedor de mejor derecho.

CAPITULO VI.

DEL CONCURSO NECESARIO QUE TIENE LUGAR CUANDO MUERTO EL DEUDOR SE PRESENTAN LOS ACREEDORES EN EL JUICIO DE SU TESTAMENTARIA.

Igualmente cuando muerto el deudor se presentan mas de dos acreedores con accion ejecutiva en el juicio de la testamentaria de dicho deudor, uno de ellos pide que se haga acumulacion y se forme concurso; y el escrito en que se hace esta peticion, y el auto que provee el juez, son los mismos que para el concurso del capítulo anterior, siendo tambien iguales del todo los procedimientos subsiguientes y la formacion de los cuadernos. Pasemos al tercer caso.

CAPITULO VII.

DEL CONCURSO NECESARIO QUE TIENE LUGAR
CUANDO EL DEUDOR HACE FUGA Ó QUIEBRA,
Y SUS ACREEDORES SE PRESENTAN
PIDIENDO SUS BIENES.

Las diligencias que deben practicarse en caso de quiebra ó fuga del deudor, constan claramente en el capítulo 17 de las Ordenanzas de Bilbao, que son por ahora nuestro principal código de comercio.

Todo comerciante que haya de dar punto á sus negocios, debe formar un extracto puntual de todas sus deudas y haberes que le pertenezcan, citando los libros con sus fóllos y números, y lo entregará por sí ó por otra persona al juez.

El juez, luego que por este medio ú otro legítimo, sepa que algun comerciante se halla en estado de quiebra, pasará á su casa con escribano; asegurará la persona del quebrado si puede ser habida; recogerá todas las llaves; hará embargo á inventario de los papeles y libros, que rubricará el escribano al fin de las partidas de cada cuenta, como tambien de las a hajas, mercaderías, dinero y demás efectos, incluso el menaje, con espresion

de marcas, números, pesos, piezas y medidas; hará fijar edictos públicos, ofreciendo premio al que diere razon del paradero de libros, papeles, mercaderías ú otras cosas que hayan podido estraerse ú ocultarse con anterioridad; hará notificar en el correo que no se entregue carta alguna al quebrado ó sus dependientes, sino al juzgado; nombrará depositarios interinos que se encarguen de lo embargado por su inventario; reunirá despues, á la mayor brevedad, á los acreedores que hubiere en el lugar y á otros que representen á los ausentes, y hará que nombren nuevos depositarios, caso de que no confirmen el nombramiento de los interinos, y que elijan entre ellos mismos síndicos comisarios; y si en alguno otro juzgado se hiciera embargo de bienes correspondientes á la quiebra ó concurso, se despacharán cartas de exhorto ó inhibicion, para que se remita todo al juicio universal, al que deberán venir todos los acreedores.

Los síndicos se harán cargo de los libros y papeles del fallido; reconocerán en ellos por sí ó por personas prácticas, el número y calidad de los acreedores, y los efectos y créditos del fallido; darán aviso á los acreedores ausentes, y les pedirán que dentro de quince dias remitan sus poderes con las cuentas que tuvierén; harán las diligencias necesarias para el recobro ó despacho de los efectos

ó créditos que resultaren de los libros á favor del fallido; examinarán si los libros se hallan con la correspondiente formalidad y puntualidad de asientos; procederán á la formacion de una Memoria general de las deudas, haberes, efectos y negocios del fallido, con separacion de los acreedores privilegiados y personales; y llegados que sean los poderes y cuentas de los acreedores foráneos, y reunidas las de los del lugar, que debieron presentarlas dentro de los ocho primeros dias despues del nombramiento de los comisarios, pasarán aviso á todos los acreedores del lugar y á los apoderados de los de fuera, señalando dia para nueva junta general. En ella darán cuenta los comisarios del resultado de sus diligencias y trabajos; manifestarán si podrá arreglarse la cuenta general con solo el auxilio de los libros, ó si será precisa la asistencia del fallido, para hacerla venir con consentimiento de la junta y aprobacion del juzgado, y harán presentes las proposiciones de ajuste que pueda él haber hecho, para que los acreedores resuelvan. Siempre que entre los acreedores hubiere variedad de opiniones, deberá estarse á lo que diga la mayoría de créditos, sin entrar, para hacer mayoría, los acreedores privilegiados; y las resoluciones de esta mayoría se mandarán cumplir por el juzgado, y se llevarán á efecto, no obstan-

te cualquiera oposicion ó apelacion de la minoría.

Si entre las cuentas del fallido y las de algun acreedor se encontrare diferencia, darán parte los síndicos al juzgado, que decidirá de ella oyendo al interesado y á los demás acreedores. Si alguno se supusiese acreedor sin serlo, será condenado en las costas que causare (segun la práctica de hoy), y puede imponérsele una multa por el fraude; y si el quebrado tuviere parte en estas simulaciones, será castigado como fraudulento y alzado.

Es nula toda convencion particular entre el quebrado y alguno de los acreedores sin consentimiento de los demás. Lo son igualmente los pagos que hicieron las personas próximas á quebrar, de débitos cuyo plazo no esté cumplido el dia en que se publicare la quiebra, y los deudores del fallido no pagarán sino á los síndicos del concurso, bajo pena de segunda paga.

Las letras de cambio, vales, libranzas, alhajas y mercaderías enteras ó empezadas, que se hallen en poder del fallido por via de comision ó depósito confidencial, se entregarán por orden del juzgado á sus respectivos dueños, que deberán pagar antes los gastos suplidos por el quebrado y las anticipaciones que hubiere hecho sobre los tales efectos. También se entregarán al comitente propietario las cantidades que estuvieren adeudando los com-

pradores de mercaderías vendidas en comision, y aun las letras que los mismos hubiesen girado para el pago, si se hallaren sin negociarse por el fallido; pero si se hubiere negociado ya, ocurrirá el comitente al concurso como acreedor personal.

Las mercaderías que el fallido hubiere recibido de su cuenta, por mar, ó comprado en tierra, y se hallaren enteras ó empezadas sin haber pagado todavía su valor en el todo, serán devueltas al remitente ó vendedor, hasta cubrir la cantidad que tuviere que haber del fallido; pero si éste vendió alguna parte de ellas, las deudas que de esto resultaren, entrarán en la masa comun del concurso. Si el fallido hubiere recibido conocimientos de mercaderías que todavía no hayan llegado á su poder, y cuyo precio no haya pagado, se devolverán al remitente, aunque el quebrado haya cedido ó endosado los conocimientos á otro.

Siempre que el fallido hubiere cedido ó endosado conocimientos, ó vendido mercaderías que no habian llegado á su poder, la tal venta ó cesion se tendrá por nula, aunque haya pagado su valor al remitente, y recibístele del comprador, y las tales mercaderías, llegadas que sean, se aplicarán á la masa comun del concurso.

Ningun acreedor será preferido en mercaderías que se hallen pertenecientes á él en casa del fa-

llido, si despues de cumplido el plazo á que se las vendió, y otros seis meses mas, no le hubiere demandado judicialmente su importe, y deberá acudir al concurso con los demás acreedores no privilegiados.

Si la quiebra sucediere en persona de lonja ó tienda donde se vende por menor, todas las mercaderías que se hallaren todavía enfardadas, encajonadas ó embarricadas, con sus marcas y números, se devolverán á sus dueños acreedores, en los términos esplicados hasta aquí; pero si se hubiesen deshecho los fardos, y abierto las barricas y cajones, se entregarán á los dueños vendedores las piezas que se hallaren enteras, siendo géneros de ropa y otras cosas que se varean, y tambien lo que se justificare pertenecerles de las cosas líquidas ó vendibles por peso; mas las piezas empezadas y las cosas menudas de quincallería ú otra naturaleza, que se hallaren sueltas de los paquetes, fardos y cajones con que se recibieron, se han de aplicar á la masa del concurso.

Las mercaderías que se reciben sueltas sin distincion de marcas ni de números, como los granos y otras, se entregarán á los acreedores que no hubieren cobrado su valor, si por los libros del quebrado ó en otra forma, se averiguase que les pertenecian; pero si las no pagadas se hallaren

mezcladas con las de otros que ya lo están, se repartirán á prorata entre los tales acreedores y los del concurso.

Si un vendedor de mercaderías tomare en pago alguna letra á cierto término, dentro del cual el comprador de los géneros, librador ó endosador de ella faltare á su crédito, encontrándose existentes los géneros en casa del quebrado, quedarán en depósito hasta que la letra sea satisfecha; pues si no lo fuere, se le deberá hacer pago con sus géneros, y la letra quedará á beneficio del concurso.

Los autos de un concurso por quiebra, constan de varios cuadernos, como el de declaración de la quiebra, en que consta cómo se supo el hecho y el inventario que se hizo de los bienes, hasta citar á los acreedores á junta general: otro de la administración de la quiebra en que constan los gastos ordinarios y estrordinarios; las reclamaciones contra el síndico que comprare bienes del fallido; las cuentas de administración, etc. Suele formarse otro cuaderno que se llama de retroacción de la quiebra, en el que se trata de probar la nulidad de algunos pagos, donaciones y otros contratos en que puede haber habido fraude por parte del fallido. Y finalmente, también se puede

poner en un cuaderno aparte la graduación de los créditos.

CAPITULO VIII.

DEL ORDEN EN QUE DEBEN PAGARSE LOS CREDITOS EN UN CONCURSO Y DE LA SENTENCIA DE GRADUACION.

El orden en que deben ser pagados los créditos en un concurso, con arreglo á las leyes, es el siguiente:

- 1.º Acreedoras de dominio.
- 2.º Los singularmente privilegiados.
- 3.º Los hipotecarios privilegiados.
- 4.º Los hipotecarios no privilegiados.
- 5.º Los depositarios de cosas fungibles.
- 6.º Los acreedores que no tienen hipoteca ni privilegio alguno.

1.º Acreedores de dominio.—Tales son los que se presentan con derecho de dominio, como los que dieron alguna cosa prestada al deudor (cosa que no sea fungible) ó la pusieron por via de depósito en su poder. Estos acreedores deben ser satisfechos con preferencia á todos, porque reclaman una cosa de su propiedad. Así por ejemplo, el que vendió una casa al contado, y consta que no se le ha pagado el precio, será acreedor de do-

minio, y deberá ser satisfecho antes que todos, pues así lo dispone la l. 9, tit. 14, P. 5, y la 11, tit. 14, P. 5.

2.º Los acreedores singularmente privilegiados. — Tales son los de los gastos de entierro del difunto, los de los gastos de la última enfermedad, de la facción de inventarios, administración, pleito, formación de concurso ó otra diligencia semejante, debiendo pagarse a todos ellos inmediatamente despues de los de primera clase (LL. 9, tit. 3, P. 5; 12, tit. 13, P. 1 y 30, tit. 13, P. 5).

3.º Los hipotecarios privilegiados — Tales son: 1.º El dueño de las tierras en los frutos que producen, para cubrir la renta ó arriendo. (L. 6, tit. 11, lib. 10 de la N) — 2.º El refaccionario, es decir, el que prestó dinero para reparar la cosa y que no pereciera, ó para dar de comer á los marineros de una nave; entendiéndose que si hay varios refaccionarios, será preferido el que tenga su crédito con fecha posterior (LL. 26, 28 y 29, tit. 13, P. 5; y 9, tit. 3, P. 5). — 3.º El fisco en los bienes de sus deudores que han de pagar alcabala, ó en los de sus administradores de rentas (L. 33, tit. 13, P. 5). — 4.º La mujer en los bienes del marido por sus bienes dotales y por los parafernales, fundándose lo primero en la ley 33, tit. 13, P. 5, y lo segundo en la ley 17, tit. 11, P. 5, que dice

que los bienes parafernales han tal privilegio como la dote; y puesto que la dote tiene ese grado de prelación en que la hemos colocada, claro es que tambien los parafernales van juntos con ella en ese grado, á pesar de los autres que llevan la contraria. Si hubo dos mujeres, se pagará de preferencia la primera, salvo que halla cosas pertenecientes á la segunda, pues entonces se le devolverán. (L. 33, tit. 13, P. 5). — 5.º El huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario á quien estuviese empeñada por el mismo que la compró por hipoteca general (LL. 25 y 30, tit. 13, P. 5).

4.º Los hipotecarios no privilegiados que han de ser satisfechos despues de los privilegiados, segun la anterioridad de sus créditos (L. 27, tit. 13, P. 5). Siendo de advertir aquí que el papel firmado por el deudor y tres testigos, tiene fuerza de escritura pública (L. 31 del mismo tit. y P.)

5.º Se cuentan en la quinta clase los depositarios de cosas fungibles, pues aunque pierden el dominio de dichas cosas, conservan privilegio sobre los demás acreedores no hipotecarios (L. 9, tit. 3, P. 5 y su glosa). — Pero es de advertir que si el depósito es regular y la cosa existe, debe ser preferido el acreedor, como dueño segun lo dicho al principio. ®

6.º Los acreedores que no tienen privilegio ni hipoteca alguna, y que se llaman quirografarios, por apoyarse sus deudas en escrituras y recibos simples. Estos acreedores son pagados según la clase de escritura en que fundan sus créditos, distinguiéndose tres clases, á saber: escritura pública, documento en papel sellado, y documento en papel común. Las que se apoyan en escritura pública, son pagados según la anterioridad de sus créditos, y son los preferidos entre los que tienen las mencionadas tres clases de instrumentos. Los que se fundan en documentos tirados en papel sellado, pero sin solemnidades, son pagados en seguida de los que tienen escritura pública, y también según el orden de sus créditos. Y los que tienen solo papeles simples, serán pagados á lo último y á prorrata (LL. 5, tít. 24, lib. 10 de la N; 5, tít. 24, P. 5; 27, tít. 13, P. 5, y 11, tít. 14, P. 5).

Con respecto á los acreedores de la tercera y cuarta clase, es decir, de los hipotecarios privilegiados y no privilegiados, ó lo que es lo mismo, de los hipotecarios todos en general, deberá tenerse muy presente que cuando concurren algunos de ellos, han de ser pagados según la anterioridad de sus créditos. De manera que si concurren, por ejemplo, el fisco, la dote y un hipote-

cario especial, se atiende á las fechas de las escrituras, y la anterior es la que vence, según el principio general de "qui prior est tempore potior est jure," y según las palabras terminantes de la ley 33, tít. 13, P. 5, que dice: "Primeramente deben ser entregados, la cámara del rey en los bienes de su deudor, que otro ninguno, á quien debiesen algo. Otro es la mujer en bienes de su marido, fueras ende en un caso: si el deudo primero es sobre peño que ouiesse empeñado á alguno señaladamente, ó si ouiesse obligado por palabra todos sus bienes. Ca entonces tal deudo como éste, que fuese primero ante debe ser pagado que el otro de la cámara del rey, nin el dote de la mujer." De cuyas palabras de la ley se infiere expresamente, que cuando hay varias hipotecas, ya sean generales ó legales, ó ya especiales, no tienen mas preferencia para el pago que la que determine en ellas la anterioridad de sus escrituras.

Se ha agitado mucho, sin embargo, en nuestro foro, la cuestión de si deba preferirse la hipoteca especial á la general, ó al contrario, y muy célebres jurisconsultos han tomado parte en la disputa, sin que hasta hoy haya podido decidirse mas sino que dicha cuestión es una duda de ley, que debiera resolverse por el legislador.

Escriche sostiene que despues de la pragmáti-

ca de 31 de Enero de 1768 (L. 3, tít. 16, lib. 10 de la N.), todas las hipotecas legales ó generales han quedado sin vigor. Detengámonos aquí un momento para considerar esta cuestion en su verdadero punto de vista.

La ley de Partida (33, tít. 13, P. 5) que cité antes, iguala la hipoteca general á la especial en cuanto á su fuerza intrínseca, y la diferencia en cuanto á la fecha, pues dice que será pagada la que se obligó antes; y que iguala dichas hipotecas en cuanto á su valor intrínseco, no hay duda, pues consta de aquellas palabras: "fuera en de un caso: si el deudo primero es sobre peño que ouiesse empeñado á alguno señaladamente (he aquí la hipoteca especial), ó si ouiesse obligado por palabras todos sus bienes (he aquí la general.) Ca entonces tal deudo como éste, que fuesse primero, ante debe ser pagado que e otro, etc." En cuyas palabras de la ley se nota la dicha igualdad entre ambas hipotecas, general y especial, en cuanto á su valor intrínseco, principalmente en las palabras *un caso*, cuyo caso comprende dos miembros, á saber: si la deuda primera es sobre peño que se hubiese hecho señaladamente, ó lo que es lo mismo, con hipoteca especial; y el otro miembro que expresa lo mismo si hubiese el deudor obligado todos sus bienes.

Véamos ahora si las nuevas disposiciones sobre hipotecas derogan el concepto de la ley de Partida.

La pragmática de 31 de Enero de 1768, que consta en la ley 3, tít. 16, lib. 10 de la N.; la real cédula de 9 de Mayo de 1778, que consta en la Rec. de aut. acord. del Sr. Beleña, tom. 2, n. 55, pág. 308; y la de 16 de Abril de 1783, que consta en la misma Recop., tom. y n. citados, mandaron que cuantas escrituras se otorgasen con hipotecas *expresas y especiales*, sin escepcion alguna, como son las de censos perpetuos ó al quitar, redenciones de ellos, vínculos y mayorazgos, patronatos, fianzas, cartas de pago, etc., etc., se anotasen indispensablemente en los respectivos oficios de anotadores de hipotecas, que se mandaron establecer al efecto por la citada cédula de 16 de Abril de 1783. Se mandó asimismo en dichas disposiciones, que no registrándose dentro del término señalado las escrituras é instrumentos públicos en que se hipotecuen *señalada, especial y expresamente* bienes raíces ó tenidos por tales, no harán fe en juicio ni fuera de él para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el instrumento cuyo registro se haya omitido.

De cuyas disposiciones se infiere: 1.º Que se

ha establecido un nuevo requisito de registro para las escrituras de hipoteca especial, sin el que se tienen por no existentes, pudiendo considerarse este requisito como una manera de ser, ó una condicion *sine qua non*, que se ha dado nuevamente á dichas hipotecas especiales. 2.º Que no pudiendo ser registradas del mismo modo las hipotecas que se llaman generales, universales ó legales, por no poderse señalar especialmente los bienes futuros que se contienen en ellas; y estando dichas hipotecas generales apoyadas en la ley, puesto que hasta se les da el nombre de legales, quedaron sin duda alguna con el mismo vigor que tenían antes, y mas cuando ni se han menudado en estas últimas disposiciones citadas, que no se refieren mas que al nuevo requisito indispensable para la existencia y fuerza de las hipotecas especiales; siendo por lo mismo muy falta de lógica la consecuencia que saca Escribano, cuando dice que la hipoteca general ha quedado sin vigor despues de la mencionada pragmática. 3.º Que no diciendo cosa alguna la pragmática y cédulas citadas acerca de preferencia de pago entre hipotecas especiales registradas y generales ó legales, puesto que en dichas disposiciones solo se exige un nuevo requisito para la subsistencia intrínseca de las primeras, debemos atenernos, para fijar el ór-

den de pago á las palabras de la ley citada de Partida, que no hacen distincion entre generales y especiales, en cuanto á su naturaleza de ser generales ó especiales, sino en cuanto á la anterioridad de sus respectivas escrituras.

En tal virtud, si se presentaren en un concurso hipotecas generales ó legales, otras especiales registradas, y otras especiales no registradas, estas últimas serán desechadas lo mismo que si no existiesen, por faltarles el requisito indispensable del registro que constituye su condicion *sine qua non*, segun lo mandan la pragmática y cédulas citadas; y las otras dos hipotecas restantes, á saber, la general y la especial registrada, serán satisfechas segun la anterioridad de sus escrituras, y en el órden que mandó la citada ley de Partida, quedando así vigentes y sin contradiccion en lo mas mínimo las cédulas y pragmáticas y la citada ley de Partida.

Se infiere tambien de aquí que la escritura privada, es decir, la hecha por el deudor y tres testigos, y en la que se hipotecaban bienes especialmente, ha perdido el lugar que le señaló la ley 31, tít. 13, P. 5, cuya ley daba al citado instrumento la fuerza de escritura pública, y mandaba que se pagase juntamente con los demás hipotecarios, atendido solo el órden de las fechas. Pero hoy, como pa-
P. 29.

ra evitar abusos y ocultaciones, se mandaron registrar todas las hipotecas especiales, quiere decir que las que no lo estén, se consideran como no hechas en cuanto al privilegio, y en tal virtud ocupan hoy en la graduacion, el lugar correspondiente á los acreedores de la sexta clase. Y si ocurre que se presente una hipoteca especial registrada desde que se formó, y otra especial que se registró mucho tiempo despues de formada, se atenderá solo á la fecha del registro, para hacer el pago, pues dicho registro es el que da el sér á la hipoteca privada, y así nada importa la fecha de la primera escritura.

Y fijando la principal cuestion, resulta: Que unos autores opinan que debe preferirse la hipoteca especial á la general, fundados en la pragmática de 31 de Enero de 1768. Que otros autores creen que la hipoteca general debe ser preferida á la especial, por estar apoyada tácita aunque enérgicamente en la ley. Y que segun lo demostrado, deberá tomarse por resolucion un término medio, que consiste en asegurar que la ley de Partida da á entender claramente que la preferencia que hay entre hipotecas generales y especiales, no consiste en su misma naturaleza de ser generales ó especiales, sino en las fechas en que han sido otorgadas las escrituras; y que la prag-

mática y cédulas citadas, exigen para la verdadera naturaleza de las hipotecas especiales, el que hayan sido registradas, pero sin alterar nada sobre la preferencia establecida por la ley de Partida y que se refiere á la anterioridad de fechas.

No hay pues, en mi concepto tal duda de ley que sea preciso disipe el legislador, y la cuestion queda resuelta de la manera mas favorable á dos sábias disposiciones que jamás pudieron contradecirse.

Terminados los incidentes del concurso, y bien probados los derechos de los acreedores, el juez pronuncia la sentencia de graduacion, que dirá poco mas ó menos:

Aquí el lugar y la fecha.

Vistos estos autos sobre concurso necesario (ó voluntario) formado á bienes de D. Fulano de tal, á instancia de D. Mengano (ó del mismo deudor), y seguido por los demás acreedores, D. N., D. S., D. &c, quienes han probado suficientemente sus respectivos créditos: las diligencias practicadas para convocar á los acreedores ausentes y á los ignorados; los arreglos que han tenido lugar en las juntas generales; y cuanto consta en autos y ver convino, se declara: que vendiéndose en pública almoneda los bienes del deudor comun, D.

Fulano de tal, (si es que no se han vendido aún), se haga pago de su valor á los referidos acreedores, dando cada uno fianza de acreedor de mejor derecho, en la forma y por el órden siguiente: En primer lugar y grado, se pagarán á D. N. cinco mil pesos que le debia el deudor comun, por un depósito cerrado que dicho señor le entregó en tal fecha, segun consta de la escritura pública que presentó aquel; debiéndose hacer este pago en primer lugar con arreglo á las leyes 9, tít. 14, P. 5 y 11, tít. 15, P. 5. En segundo lugar y grado, se pagarán á D. S. seiscientos pesos que suplió para los gastos funerales del difunto deudor, segun consta por los documentos que se han exhibido y con arreglo á la ley 9, tít. 3, P. 3. En tercer lugar y grado se pagarán á D. U. seis mil doscientos pesos que prestó para reparar la casa tal del deudor, cuya casa ha sido traída al concurso, cuyo crédito y su causa constan de la escritura pública que ha presentado el acreedor, y haciéndose aquí este pago con arreglo á las leyes 26, 28 y 29, tít. 13, P. 5, y por lo que dispone la ley 33, tít. 13 de la misma Partida, pues la escritura de este refaccionario tiene fecha anterior al fisco y la dote, que tambien representan créditos en este concurso. En cuarto lugar y grado, se pagarán nueve mil quinientos pesos á Doña Fulana,

por la dote estimada que entregó á su marido, el deudor comun, segun consta de la escritura pública que dicha señora ha presentado; haciéndose aquí el pago con arreglo á la ley 33, tít. 13, P. 5 ya citada, por tener la escritura de dote fecha posterior á la del refaccionario y anterior á la del fisco. En quinto lugar y grado, se pagarán á D. R., que representa los derechos del fisco, como comprador de ellos, dos mil y cien pesos que consta deber el deudor comun al referido fisco; debiéndose hacer el pago en este lugar, en virtud de la misma ley 33 ya citada. En sexto lugar y grado, se pagarán á D. B. novecientos sesenta pesos que habia dado al deudor comun en depósito irregular, con el interés de un seis por ciento anual, segun consta de la escritura pública exhibida por el acreedor citado; debiéndose hacer el pago en este lugar conforme á la ley 9, tít. 3, P. 5 y su glosa. En sétimo lugar y grado se pagarán á D. X. cuatrocientos pesos que se le deben, segun consta de la escritura pública que presentó, y en cuya escritura no hay obligacion hipotecaria especial ni general; debiéndose hacer en este lugar el pago, conforme á la ley 5, tít. 24, lib. 10 de la Nov. En octavo lugar y grado, se pagarán á D. C. quinientos pesos que se le adeudan, segun consta del instrumento puesto en papel sellado y

escrito sin solemnidades de escritura pública, que ha presentado el acreedor; debiéndose hacer el pago en este lugar conforme á la ley 5, tít. 24, P. 5. En noveno lugar y grado se pagará á D. E., D. F. y D. J., á prórata de sus respectivos créditos, de quinientos pesos el primero, de cuatrocientos cincuenta pesos el segundo y de cuatrocientos el tercero, cuyas deudas constan en papeles simples reconocidos por el deudor; debiéndose hacer en este lugar y de la manera indicada el pago, conforme á la ley 11, tít. 14, P. 5. Y á los acreedores que no han comparecido en este juicio se reserva su derecho, para que justificando sus créditos á tiempo, sean graduados en el lugar que les corresponda. Así definitivamente juzgando lo proveyó, mandó y firmó el señor juez de estos autos, D. Fulano de tal.

Pero si se habia acordado por la mayoría de los acreedores que el síndico formase un proyecto de graduacion, y presentado éste en junta general lo aprueba la mayoría, entonces la sentencia dirá:

“Vistos estos autos sobre concurso necesario (ó voluntario), formado á bienes de D. Fulano de tal, á instancia del acreedor D. N. (ó del mismo deudor), y seguido por los demás acreedores D. R., D. S., D. &; las diligencias practicadas para convocar á los ausentes é ignorados; el proyecto

de graduacion que por encargo de los mismos acreedores ha formado el síndico del concurso, D. S. de tal; y cuanto en autos consta y ver convino, se declara: que de consentimiento de los interesados se aprueba en todas sus partes y por sus mismos fundamentos legales, el dicho proyecto de graduacion que fué aprobado en junta general de tal fecha por la mayoría de los acreedores, sujetándose á los interesados á estar y pasar por él ahora y en todo tiempo, para lo cual interpone el presente juez su autoridad y judicial decreto, y manda que dicho proyecto se lleve á ejecucion, dando los interesados la fianza de acreedor de mejor derecho, y reservándose sus derechos á los que no han comparecido en este juicio, para que justificando á tiempo sus créditos, sean graduados en el lugar que les corresponda. Así definitivamente juzgando lo proveyó, etc.”

Los acreedores que no estén conformes con esta graduacion, pueden apelar de la sentencia, y se les concederá el recurso en el efecto devolutivo.

CAPITULO IX.

¿QUE SUCEDE CUANDO SE PRESENTAN NUEVOS
ACREEDORES DESPUES DE FORMADO EL
CONCURSO?

A propósito de acreedores y de concurso, se ofrece la cuestión que indica el rubro de este capítulo, y que ha resuelto muy bien Salgado en el cap. VIII, Part. 1 de su famoso *Labyrinthus Creditorum*.

Para resolver dicha cuestión, es preciso distinguir, en primer lugar, los acreedores que fueron citados nominal y especialmente, por estar puestos en las listas del deudor, y los que fueron citados como inciertos por medio de avisos en los periódicos ú otros edictos públicos.

Si alguno de los acreedores que fueron citados nominalmente para que concurriese al juicio, no se presenta dentro del término señalado en la citación, se entienda que renuncia su privilegio ó hipoteca, y que no quiere hacer uso de su crédito en el juicio á que se le cita, sino que se reservará para despues. Y esto se presume con mucho fundamento, pues la citación se hace para que los presentes sean atendidos de preferencia en el pago de sus créditos, sin que puedan ser estorbados

en su objeto por la culpable tardanza de los ausentes.

Sin embargo, si el acreedor citado especialmente apareciere al juicio, aunque tarde, pero antes de la sentencia de graduacion ó de última instancia, se le tendrá por parte en el concurso si su crédito se funda en un documento que lleva aparejada ejecución, y se le fijará su lugar en la sentencia de graduacion ó en la de última instancia. Pero si el instrumento en que se funda su crédito no es ejecutivo, sino dudoso y propio de juicio ordinario, entonces no se suspenderá el término del concurso, sino que se acabará por hacer pago á los acreedores que asistieron, bajo la fianza correspondiente, siguiéndose por la vía ordinaria el juicio del acreedor nuevamente presentado, de la misma manera que sucede cuando hay un juicio ejecutivo y se presenta una tercería ordinaria (véase "Tercerías"); pues si eso se verifica en las tercerías, en que no fué citado el tercer opositor, con mas razon tendrá lugar en el concurso, y con un acreedor que fué especialmente citado.

Si el repetido acreedor, que fué nominalmente citado, se presenta en el juicio tardísimo, es decir, despues de dada la sentencia ejecutoria final y de la que ya no puede apelarse, pierde del todo su derecho en aquel juicio, y sólo podrá usar de sus

acciones contra el deudor en otros bienes, pues ya los que se entregaron á los acreedores por mandato de la sentencia final, no pueden volvéseles á quitar.

Lo mismo enteramente deberá decirse con respecto al acreedor incierto que fué citado por avisos públicos; pero hay la diferencia de que éste es mas disculpable y mas atendible si presenta su crédito antes de la sentencia ejecutoria final.

De todo lo cual se infiere que pronunciada la sentencia de última instancia en un concurso, quedan asegurados para siempre en los pagos que se les hicieron, los acreedores que fueron presentes al concurso, y que ya despues, cualquiera otro que se presente se encuentra el juicio terminado y la cosa juzgada.

LIBRO CUARTO.

DE LOS JUICIOS SUMARIOS.

Este libro está dividido en cuatro secciones: en la primera se trata de los juicios de testamentarias, en la segunda de los juicios de alimentos; en la tercera de los juicios de arrendamientos, y en la cuarta del juicio de apeo ó destinde.

SECCION PRIMERA.

DE LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIAS.

CAPITULO I.

OBSERVACIONES GENERALES.

He considerado como sumarios los juicios de testamentarias, porque son sumarios los procedimientos judiciales, que tienen lugar para repartir las herencias ó bienes mortuorios, ya sea con arreglo á los testamentos ó á las leyes de la materia; pero propiamente hablando, estos procedimientos no podrian en rigor llamarse juicios, puesto

acciones contra el deudor en otros bienes, pues ya los que se entregaron á los acreedores por mandato de la sentencia final, no pueden volvéseles á quitar.

Lo mismo enteramente deberá decirse con respecto al acreedor incierto que fué citado por avisos públicos; pero hay la diferencia de que éste es mas disculpable y mas atendible si presenta su crédito antes de la sentencia ejecutoria final.

De todo lo cual se infiere que pronunciada la sentencia de última instancia en un concurso, quedan asegurados para siempre en los pagos que se les hicieron, los acreedores que fueron presentes al concurso, y que ya despues, cualquiera otro que se presente se encuentra el juicio terminado y la cosa juzgada.

LIBRO CUARTO.

DE LOS JUICIOS SUMARIOS.

Este libro está dividido en cuatro secciones: en la primera se trata de los juicios de testamentarias, en la segunda de los juicios de alimentos; en la tercera de los juicios de arrendamientos, y en la cuarta del juicio de apeo ó destinde.

SECCION PRIMERA.

DE LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIAS.

CAPITULO I.

OBSERVACIONES GENERALES.

He considerado como sumarios los juicios de testamentarias, porque son sumarios los procedimientos judiciales, que tienen lugar para repartir las herencias ó bienes mortuorios, ya sea con arreglo á los testamentos ó á las leyes de la materia; pero propiamente hablando, estos procedimientos no podrian en rigor llamarse juicios, puesto

que en ellos no hay disputa, y que llegado el caso de que la haya entre los herederos ó interesados, resultará un juicio que podrá ser ordinario, ejecutivo, sumario ó sumarísimo, segun fuere la accion que se intente, pero que no será precisamente sumario.

Se comprende, pues, que yo aquí no voy á considerar sino los procedimientos judiciales que tienen lugar para la reparticion de los bienes mortuorios; y que las disputas que pudieran ocurrir, se podrán aplicar á los trámites del juicio á que correspondan.

Como en los juicios de testamentarias ocupa un lugar tan importante el testamento, creo muy oportuno, antes de pasar á las resoluciones prácticas, dar una esplicacion sobre la parte teórica de los testamentos, y á ello destinaré el capítulo siguiente.

CAPITULO II.

DE LOS TESTAMENTOS Y HERENCIAS.

Importa mucho, al hablar de una materia tan estensa como es la de testamentos, repartirla en varios puntos á fin de facilitar su estudio y comprension. En tal virtud, dividiré el presente capítulo en siete dartes, ocupándome en la primera

de explicar la difinicion, origen y divisiones del testamento; en la segunda examinaré los requisitos generales del testamento solemne, en la tercera hablaré del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo; en la cuarta del testamento escrito ó cerrado; en la quinta del testamento privilegiado; en la sesta del testamento de los extranjeros; y en la sétima trataré de la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas.

PARTE PRIMERA.

Definicion, origen y divisiones del testamento.

Definicion del testamento.

Se llama testamento la declaracion legal que uno hace de su última voluntad, disponiendo de sus bienes para despues de su muerte (L. 1, tít. 1, P. 6). Esta declaracion ha de ser legal, esto es, hecha con las formalidades pocas ó muchas que exigen las leyes, segun los casos, para evitar los fraudes y suposiciones de testamentos que pudieran formar la codicia; y como la disposicion que contiene el testamento es de última voluntad, no empieza á tener efecto sino despues de la muerte del testador, y puede siempre revocarse por él hasta el último instante de su vida. La voluntad del

testador es el alma de su testamento, así como la voluntad del legislador es el alma de la ley, y debe respetarse hasta en las expresiones ambiguas que la oculten, sin que causen obstáculo alguno á su cumplimiento las nubes en que esté envuelta, siempre que de algun modo pueda descubrirse y conocerse.

Origen del testamento.

La palabra *testamento* viene de las voces latinas *testatio mentis*, testimonio de nuestra voluntad, porque efectivamente es una manifestacion de nuestra voluntad hecha delante de testigos (L. 1, tít. 1, P. 6).

El derecho de hacer testamento ó de disponer de nuestros bienes para un tiempo en que ya no existiremos, no nos viene por cierto de la naturaleza (*Antonio Gomez á la ley 3 de Toro*), pues en el derecho natural, el hombre muere, sus bienes quedan vacantes, y se apodera de ellos el primero que llega: mas las leyes civiles de todas las naciones, despues de fijar el derecho de propiedad y de hacerle comunicable mediante los contratos, le hicieron tambien trasmisible en el instante de la muerte, abriendo así la puerta á los testamentos y sucesiones, de modo que no contentas con de-

terminar á quién habian de pertenecer los bienes vacantes, han permitido al hombre determinarlo, hasta cierto punto, por sí mismo, para que mediante la justa distribucion de su hacienda, pueda recompensar á unos, castigar á otros, alentar á los que se inclinan al bien, y dar consuelos á los que experimentan las desgracias de la naturaleza ó los reveses de la fortuna.

No faltan quienes reprueban la facultad de hacer testamento, mirándola como causa y origen de infinitos males que afligen á la sociedad; pero hay tres razones poderosas que la justifican: 1.ª La ley sobre sucesiones no puede menos de ser siempre muy imperfecta, pues no puede acomodarse á la diversidad de casos y circunstancias, y solo el propietario es capaz de tomar en consideracion las necesidades que tendrán respectivamente despues de su muerte las personas que dependen de él y el grado de afecto que le tienen. 2.ª Revestido el propietario de esta facultad ó poder, que debe considerarse como una rama de la legislacion penal y remuneratoria, puede ser visto como un magistrado establecido para fomentar la virtud y reprimir el vicio en el pequeño estado que se llama familia, pues hasta el hombre mas vicioso desea la probidad y buena reputacion de sus

hijos. 3.º Este poder hace mas respetable la autoridad paterna y asegura la sumision de los hijos; bien que para no convertir al padre en tirano, se ha establecido lo que se llama legitima, de la cual no se puede privar á los hijos sino por causas señaladas en la ley y probadas judicialmente.

Si el propietario no tiene herederos naturales, se le permite dejar sus bienes á quien le parezca, pues conviene que pueda cultivar la esperanza y recompensar el cuidado de un criado fiel, mitigar los pesares de un amigo, y sobre todo, atender á la suerte de una mujer á la cual solo ha faltado una ceremonia para ser llamada su viuda, y de unos huérfanos que son sus hijos á los ojos de todo el mundo, menos á los del legislador.

Divisiones del testamento.

El testamento es de dos especies: *solemne y privilegiado*; aquel es el que se otorga con las formalidades prescritas por las leyes, como debe hacerse generalmente; y éste es el que ningun otro requisito exige, sino que conste de algun modo la voluntad del otorgante. El testamento solemne se divide en *nuncupativo ó abierto*, y *escrito ó cerrado*: el nuncupativo ó abierto es el que se hace ante escribano y testigos, ó solo ante tes-

tigos sin escribano, en cédula ó memoria, ó de palabra; y el escrito ó cerrado es el que el testador escribe ó redacta en secreto por sí ó por medio de otro, y le presenta luego cerrado ante escribano y siete testigos que lo firman con él mismo en la cubierta (L. 1, tit. 1, P. 6).

Dada ya la definición de testamento, y explicados su origen y divisiones principales, pasemos á la segunda parte de este capítulo.

PARTE SEGUNDA.

Requisitos generales del testamento solemne.

Division de los requisitos.

Para la validez de un testamento solemne, es preciso que se cumplan los requisitos ó solemnidades que exigen las leyes, y cuyos requisitos se dirigen ó á las personas que intervienen en el testamento, como el testador y los testigos, ó en cuanto á la forma, y entonces se refieren al contenido del instrumento y al papel en que éste se estiende.

Requisitos del testador.

Comencemos, pues, con los requisitos que las leyes exigen en la persona del testador.

Puede hacer testamento cualquiera persona de uno ú otro sexo á quien la ley no lo prohiba. Tienen prohibicion legal las personas siguientes:

1.º El que no haya cumplido catorce años, siendo varon, y doce siendo hembra (L. 13, tít. 1, P. 6).

2.º El demente ó loco mientras lo está; pero vale el testamento que hubiese hecho antes de la locura, y el que hiciere durante sus lúcidos intervalos, con tal que lo perfeccione dentro de ellos, pues no valdria si antes de la conclusion volviese á su fatal estado (L. 13, tít. 1, P. 6). Para evitar dudas y controversias sobre este punto, suele practicarse lo siguiente: Los parientes presentan escrito al juez manifestándole que el paciente se halla algunas veces en su acuerdo, y solicitando se autorice al escribano para que con asistencia de médico y cirujano (de dos médicos por lo comun) vea si se halla en estado de otorgar testamento, y proceda en su caso á examinar su voluntad. Obtenida la facultad judicial, declaran con juramento los facultativos si el loco está ó no en su juicio, estiende el escribano la declaracion á continuacion de la providencia del juez, y á presencia de aquellos y de los testigos prevenidos por la ley, hace al testador las preguntas concernientes á su última disposicion, estiende el testa-

mento, que deberán firmar el testador y todos los concurrentes que supieren, y evacuado todo, se presentará al juez con escrito pidiendo lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los que asistieron al acto.

3.º Tampoco puede testar el pródigo á quien se ha puesto intervencion judicial, prohibiéndosele la libre administracion de sus bienes; pero será válido el testamento que hubiese ordenado antes de dicha prohibicion. (L. 9, tít. 1, P. 6).

4.º El sordo-mudo de nacimiento, á no ser que sepa declarar su voluntad por escrito, pues en tal caso no hay razon para que se le prohiba. (La misma ley cit.)

5.º El religioso profeso. Los religiosos profesos pueden hacer testamento antes de la profesion; pero no la pueden hacer despues, pues no teniendo cosa suya, como dice la ley, por haber dejado las del mundo, no pueden dar ni mandar lo ageno; y si algo tienen, pertenece al convento. No obstante, los religiosos que sirven de capellanes en el ejército ó armada, tienen facultad de disponer libremente de todas las cosas y bienes que hayan adquirido con motivo del empleo y durante él, siempre y en cualquier tiempo que quisieren, así en vida como en muerte, á favor de cualesquiera personas, con tal que dejen alguna manda pro-

porcionada á sus facultades para que se invierta en destinos piadosos. (*Breve de Pio VI, á que se refiere la ley 9, tít. 27, lib. 1 Nov. Rec.*) Los religiosos del órden militar de San Juan de Jerusalem, llamados caballeros de Malta, ya sean bailios, comendadores, priores ó capellanes de encomiendas, ya estén en el claustro, ya con empleo fuera de su convento, ya en sus casas, no pueden testar estando profesos, sin licencia de su gran maestro, pues son verdaderos religiosos, hacen voto de pobreza, y no tienen voluntad propia. Es de advertir aquí que los religiosos que se secularizan tienen derecho á que el convento les restituya los bienes que le hubieren dejado en testamento ú otra disposicion hecha antes de profesar, como igualmente los que poseyere por cualquiera otro título en representacion suya; pues las renunciaciones, trasposos ó disposiciones hechas por los religiosos á favor del convento, no se suponen simples y absolutas, sino limitadas, por la tácita condicion de que hayan de perseverar y morir en el instituto que abrazan; de suerte que si despues dejan de ser súbditos é individuos de la religion ú órden, eesa la causa ó título que tenia el convento para poseer los bienes, los cuales, por consiguiente, hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, quien se estima en esta parte como si nunca

hubiera sido religioso. No es necesario advertir que los religiosos secularizados pueden disponer de sus bienes en vida ó muerte del mismo modo que los seculares, puesto que han adquirido su antigua libertad. Todos los regulares secularizados de uno ú otro sexo, están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquiera otro de sucesion, bien sea *ex-testamento* ó *ab-intestato*; entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, y sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas antes de la época espresada, cuya resolucion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religion (*Decreto de las Cortes de 29 de Junio de 1832*).

6.º El menor, salvo que haya llegado á la edad de la pubertad, pues entonces puede testar sin licencia ni autorizacion de sus mayores ó tutores; y la mujer casada puede hacerlo tambien sin el consentimiento de su marido y sin la autorizacion de la justicia. (L. 4, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Los condenados á muerte ó deportacion pueden

testar, entre nosotros, de todos sus bienes, pues la confiscacion no tiene lugar en Méjico.

Pueden testar los que estén en rehenes, así como los prisioneros y cautivos, aunque estén en poder ageno, pues conservan todos los derechos de ciudadanos (L. 4 de Toro: Vattel, derecho de gentes, lib. 3).

Los arzobispos y obispos pueden disponer por testamento como quisieren de sus bienes patrimoniales y de los que les vienen por industria, donacion, herencia ú otro título semejante; pero no de los que adquieren por razon de sus obispados, dignidades ó beneficios eclesiásticos, aunque en vida tienen facultades para distribuirlos entre sus parientes, amigos, criados ú otras personas (L. 8, tít. 21, P. 1).

Los clérigos seculares pueden testar no solo de sus bienes patrimoniales y de los habidos por industria, donacion, manda ó herencia, sino tambien de los adquiridos por razon de iglesias, beneficios ó rentas eclesiásticas, aunque hayan sido religiosos profesos. (L. 12, tít. 20, lib. 10 Nov. Rec., y L. 6, tít. 12, lib. 1 Rec. de Ind.)

Pueden por fin y han podido siempre testar libremente los extranjeros, á pesar de que en otros estados se atribuia antes al fisco los bienes que un extranjero dejaba en ellos por su muerte.

Hemos visto ya una de las solemnidades que las leyes exigen para la validez del testamento solemne con respecto á las personas que intervienen en él, esto es, la capacidad en el testador para disponer de sus bienes. Véamos ahora los requisitos que se refieren á los testigos.

Requisitos de los testigos.

Pueden ser testigos en los testamentos, aquellas personas á quienes no lo prohíbe la ley.

Tienen prohibicion para ser testigos en testamento ó cualquiera clase de última disposicion, los siguientes:

- 1.º Los condenados por cantares, dictados ó libelos infamatorios, por hurto, homicidio ú otro delito igual ó mayor. (L. 9, tít. 1, P. 6).
- 2.º Los apóstatas que se hicieron moros ó judíos, aunque despues se conviertan (L. 8, tít. 16, P. 3).
- 3.º Las mujeres (L. 9, tít. 1, P. 6).
- 4.º Los hermafroditas que participen mas de la naturaleza de hembra que de la de varón (L. 10, tít. 1, P. 6).
- 5.º Los menores de catorce años (L. 9, tít. 16, P. 3).
- 6.º Los locos mientras dure la demencia (L. 8, tít. 16, P. 3).

7. ° Los pródigos con intervencion judicial.
8. ° Los mudos y sordos (L. 9, tit. 1, P. 6).
9. ° Los ciegos, porque no pueden ver al testador.
10. Los que no entienden el idioma del testador, aunque el escribano se los explique, pues serian testigos de éste y no de aquel.

11. Los siervos, á no ser que á la sazón estuvieren reputados por libres. (En Méjico no hay siervos).

12. Los herederos mismos y sus parientes dentro del cuarto grado civil, por afinidad ó consanguinidad (L. 11, tit. 1, P. 6).

Los legatarios y fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas; pero será conveniente buscar otros si pudieren ser habidos. (L. 11 cit.)

Vistos ya los requisitos principales del testamento, que se dirigen mas directamente á las personas que intervienen en el acto solemne, pasemos á examinar los que se dirigen á la forma y ceremonial del mismo acto.

Requisitos de forma del testamento.

El instrumento solemne en que conste la última voluntad del testador, deberá contener:

1. ° El nombre, apellido, naturaleza y filiacion

del testador, para que puedan los parientes hacer en su vista las pruebas que les convengan.

2. ° La invocacion divina, la protesta de la fe, y todo lo relativo al entierro y sufragios por el alma.

3. ° Las mandas ó legados forzosos y voluntarios, las mejoras, consignaciones y fundaciones que hiciere el testador.

4. ° La declaracion de sus deudas y créditos, de los matrimonios que hubiere contraído, de las dotes que hubieren llevado sus mujeres, de las arras que les hubiese dado ú ofrecido, de los bienes que hubiese traído á cada matrimonio, de la edad y estado de sus hijos, de lo que les hubiese dado por dote ó donacion, etc., etc.

5. ° El nombramiento de tutores y ejecutores, testamentarios ó albaceas.

6. ° La institucion de herederos y sustitutos.

7. ° La revocacion ó confirmacion de otras disposiciones anteriores si las hubiere, etc.

Se duda si es requisito preciso para la estabilidad del testamento que el escribano dé fe de que conoce al testador, ó que depongan de su identidad dos de los testigos instrumentales, como se exige en los contratos, para evitar todo peligro de engaño. Unos tienen por indispensable esta circunstancia, para que se sepa si el testador es el

mismo que manifiesta ser, fundándose en la ley 54, tit. 18, P. 3, que hablando del modo de ordenar los instrumentos dice: *Et debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los homes á quien face las cartas, quién son, et de qué logar, de manera que non pueda hi ser fecho ningun engaño:* y en la ley 4, tit. 8, lib. 10 de la Nov. Rec., que manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no le haga, á menos que presente dos testigos que digan que las conocen; mas otros afirman lo contrario, ya porque dichas leyes no hablan sino de los contratos, ya porque las relativas á la solemnidad de los testamentos no exigen este requisito, ya porque sería cosa durísima que un hombre que se hallase á punto de morir en paraje donde nadie le conociese, no pudiera declarar su última voluntad ni descargar su conciencia.

Estos son los requisitos que debe tener el testamento en general, y que se reducen en su esencia á que el testador espresé los bienes que tiene y los reparta entre las personas que mas estima, cuidando de aquellos señalamientos precisos que las leyes disponen.

En cuanto al papel en que debe estenderse esta disposición última y solemne, se exige como requisito de forma por la ley de 30 de Abril de 1842,

que para el protocolo se use, como siempre, el del sello tercero, y para la primera y la última foja de las copias, del sello primero si el heredero es colateral ó extraño, ó si aunque sea ascendiente ó descendiente, la herencia equivale á un capital que produzca un rédito anual de mas de dos mil pesos. En este último caso, si el rédito es de quinientos á mil cuatrocientos noventa y nueve pesos, se usará en dichas fojas del sello segundo, y del tercero si no llega á quinientos pesos el rédito. De este último sello se usará en los pliegos intermedios de los testamentos, si el primer pliego es del sello primero, y si este fuere del segundo ó tercero, los pliegos intermedios serán del cuarto. En los testamentos de los notoriamente pobres, se usará del sello quinto.

Es de advertir aquí, que aunque por lo pronto use el testador papel que no sea sellado ó que no sea del sello correspondiente, despues pueden pedir el albacea ó los interesados que se protocolice en forma para que surta sus efectos, espresándose la causa de no haberse usado el papel respectivo.

Qué requisitos son escenciales al testamento y cuáles no lo son. ®

De las solemnidades del testamento que quedan

explicadas, las que se dirigen á la capacidad del testador y á la de los testigos, son esenciales, de manera que si faltan, el testamento podrá anularse. Pero los que se dirigen á la forma del acto y que tambien quedan esplicadas, no son esenciales, de manera que si faltan, se anule la última voluntad del testador. Es preciso tener presente en primer lugar, que no es de absoluta obligacion el hacer testamento, y que ya las leyes han previsto el caso de que no se haga, marcando las personas que deben heredar abintestato, y el modo con que esto tenga lugar; y debe tambien recordarse que la institucion de heredero no es por lo mismo precisa, y que si falta en un testamento, la disposicion valdrá en cuanto á las mandas y legados, y pasarán los bienes á las personas designadas por la ley (L. 1, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec).

PARTE TERCERA.

Del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo.

Definicion del testamento nuncupativo.

El testamento nuncupativo ó abierto, como ya dije antes, es el que se hace de viva voz en presencia del escribano y testigos, ó solo en presencia de testigos sin escribano, oyendo todos su

contesto que el testador les manifiesta ya de palabra ó ya mediante la lectura de alguna cédula ó memoria que se presenta escrita.

Modo de hacer, segun la ley, el testamento nuncupativo.

Si alguno ordenare,—dice la ley 1, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.—su testamento ú otra postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin escribano público, que sean allí á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudiesen ser habidos cinco testigos y escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciere el testamento.

Tiene, pues, libertad una persona para hacer testamento nuncupativo: ®

1.º Ante escribano y tres testigos vecinos del lugar.

explicadas, las que se dirigen á la capacidad del testador y á la de los testigos, son esenciales, de manera que si faltan, el testamento podrá anularse. Pero los que se dirigen á la forma del acto y que tambien quedan esplicadas, no son esenciales, de manera que si faltan, se anule la última voluntad del testador. Es preciso tener presente en primer lugar, que no es de absoluta obligacion el hacer testamento, y que ya las leyes han previsto el caso de que no se haga, marcando las personas que deben heredar abintestato, y el modo con que esto tenga lugar; y debe tambien recordarse que la institucion de heredero no es por lo mismo precisa, y que si falta en un testamento, la disposicion valdrá en cuanto á las mandas y legados, y pasarán los bienes á las personas designadas por la ley (L. 1, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec).

PARTE TERCERA.

Del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo.

Definicion del testamento nuncupativo.

El testamento nuncupativo ó abierto, como ya dije antes, es el que se hace de viva voz en presencia del escribano y testigos, ó solo en presencia de testigos sin escribano, oyendo todos su

contesto que el testador les manifiesta ya de palabra ó ya mediante la lectura de alguna cédula ó memoria que se presenta escrita.

Modo de hacer, segun la ley, el testamento nuncupativo.

Si alguno ordenare,—dice la ley 1, tít. 18, lib. 10, Nov. Rec.—su testamento ú otra postrimera voluntad con escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere: y si lo hiciere sin escribano público, que sean allí á lo menos cinco testigos, vecinos segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber; y si no pudiesen ser habidos cinco testigos y escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciere el testamento.

Tiene, pues, libertad una persona para hacer testamento nuncupativo:

1.º Ante escribano y tres testigos vecinos del lugar.

2.º Ante cinco testigos vecinos, sin asistencia del escribano, aunque lo haya en el pueblo.

3.º Ante solo tres testigos vecinos, cuando no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos ni escribano público en el lugar.

4.º Ante solos siete testigos vecinos ó forasteros, aunque haya muchos vecinos y escribano público en el pueblo.

Cuestiones diversas sobre el testamento nuncupativo.

¿Bastarán tres testigos vecinos aunque no inter venga escribano, pudiendo haberle? Antonio Gomez sostiene la afirmativa; pero parece estar en oposicion con la ley que exige tres testigos vecinos, cuando no pudieren ser habidos cinco ni escribano, dando á entender con estas palabras que pudiendo ser habido escribano, no bastan los tres testigos.

¿Bastan dos testigos y el escribano cuando no pueden hallarse mas con facilidad en el pueblo? D. Juan Sala lo niega, fundado sin duda en que la ley pide tres testigos á lo menos cuando el testamento se ordena con escribano público; pero puesto que mas adelante se contenta la ley con tres testigos cuando no pueden ser habidos cinco

ni escribano, parece que no encontrándose sino dos testigos y el escribano, se reunen ya los tres que busca la ley, pues el escribano debe reputarse á lo menos por un testigo, y un testigo que aunque tal vez no sea vecino del lugar, merece sin embargo tanta fe como un testigo vecino, por suponerse persona conocida en el distrito.

¿Bastan cinco testigos no vecinos y el escribano? Febrero (tom. 2, pág. 9, núm. 15) dice: que el escribano supone por dos testigos, que con los cinco, son los siete que pide la ley, y que por tanto, si el testamento hecho ante siete testigos no vecinos sin asistencia de escribano es válido, tambien debe serlo el otorgado ante cinco y el escribano, añadiendo que así se practica.

¿Cuál es el escribano que debe concurrir al testamento, el de número del pueblo, ó cualquiera otro? En Méjico se puede elegir por el testador cualquier escribano que tenga su título y que sea de número.

Requisitos del testamento nuncupativo.

Las Partidas exigian que los testigos fuesen ro gados por el testador, escribano ú otro en su nombre para asistir al testamento; pero como la Recopilacion no menciona esta circunstancia tomada

antiguamente de las sutilezas del derecho romano, se tiene en el día por bastante el que los testigos oigan y entiendan al testador, aunque no se les haya hecho ninguna especie de súplica al efecto (*Greg. López, glos. 7 de la ley 1, tit. 1, P. 6, y Gomez en la ley 3 de Toro*).

En cuanto á la vecindad de los testigos, se llama vecino el que tiene establecido su domicilio en algun pueblo con ánimo de permanecer en él, cuyo ánimo se reputa probado por el trascurso de diez años, ó por otros hechos que lo manifiesten, como si uno vende sus posesiones en un lugar y compra otras en aquel á donde trasfiere su habitación. (L. 2, tit. 24, P. 4, y l. 6, tit. 4, lib. 7 Nov. Rec.) Cuando se impugna un testamento negando la vecindad á los testigos, debe probarla el que sostiene dicho testamento, porque cuando la ley exige alguna calidad en los testigos, no se presume si no la acredita el que se vale de ellos (Véase lo que dije de la *negativa de calidad* en el capítulo de Pruebas).

Dos requisitos tiene, además, el testamento nuncupativo ó escrito. El primero es que el testador no interrumpa su última voluntad, es decir, que haya unidad de contesto, que consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los

testigos ó con otra persona; bien que no se opona á ella la interrupcion del acto de testar, ó por accidentes del testador, ó por ocupaciones de los testigos. El segundo requisito consiste en que los dichos testigos entiendan clara y distintamente todo el contexto del testamento, para que siendo interrogados, puedan deponer contestes, y que mientras se lee ó otorga el testamento, estén todos presentes sin faltar ninguno; por manera que no basta que algunos de los testigos oigan parte del testamento y los otros lo restante, ni que el testador les manifieste separadamente su voluntad, sino que todos ellos juntos en un mismo acto, lugar y tiempo, sin intermision, lo han de oír íntegramente de boca del mismo testador (L. 3, tit. 1, P. 6, y l. 1, tit. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Cuando el testador es extranjero que no sabe el idioma vulgar y quiere hacer testamento nuncupativo, lo mas conforme á la ley es que le sirvan de testigos tres intérpretes, y que autorice el instrumento el escribano; porque si se llamaran testigos que no supieran la lengua del testador (y uno ó dos intérpretes, resultaría que los testigos lo serian de los intérpretes y no de aquel.

*Lo que se practica comunmente para
hacer testamento en Méjico.*

El testamento nuncupativo es el mas frecuente en Méjico, y la práctica que generalmente se acostumbra para otorgarlo, consiste en que la persona que lo quiere hacer, llame á un escribano de su confianza y le diga los puntos principales de su última disposición que quiere arreglar, ó se los dé escritos, para que el escribano estienda en forma el testamento. Formado éste con los requisitos de estilo, lo leerá el referido escribano ante el testador y los testigos, y aprobado y firmado por el testador y los testigos, ó por solo éstos si aquel ya no pudo verificarlo, se entregará al albacea ó lo guardará el mismo testador si aun está en buen estado de salud y quiere conservarlo.

Testamento nuncupativo del ciego.

Conviene advertir aquí, que el ciego no puede hacer sino testamento nuncupativo ó abierto, para evitar una suplantacion que no puede temer el que tiene vista aunque no sepa leer (L. 14, tít. 5, P. 6). La ley de Partida disponia que el ciego no pudiese hacer testamento sino ante siete testigos y un escribano público; que lo otorgase á pre-

sencia de aquellos despues de escrito y leído; que lo firmase cada testigo ú otro por el que no supiese escribir, y que á falta de escribano concurriese un testigo mas que lo escribiese, de manera que con él fuesen ocho testigos. La Recopilacion mandó despues que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, sin decir nada de escribano ni de las demás circunstancias (L. 2, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

De aquí nacen varias dudas.

1^a ¿Es necesaria todavía la intervencion de escribano para el testamento del ciego? Muchos jurisconsultos la exigen, porque la nueva ley solo ha variado el número de testigos, sin meterse en hacer otras mudanzas; pero no faltan quienes se esfuerzan en probar lo contrario, y parece mas fundada la opinion de los primeros.

2^a No concurriendo, ó no pudiendo ser habido escribano, ¿deben hallarse presentes ocho testigos, como ordenaba la ley de Partida? Opinan generalmente los autores ser necesarios los ocho, porque la ley de Partida no está corregida por otra posterior; pero puesto que esta ley no pide en defecto de escribano, sino un testigo mas que escriba el testamento, parece natural que habiéndose rebajado por la ley de la Recopilacion á cinco testigos el número de siete que antes se requerian, bas-

ten ya seis testigos cuando no concurre escribano, sirviendo el sexto para escribir el testamento como antes servia el octavo.

3^a : Deben firmar los testigos todos, y el que sepa por el que no sepa? Aunque así lo previene la ley de Partida, generalmente lo que se practica es firmar uno de los testigos por el ciego, y el escribano por sí mismo como en todos los demás, nombrándose los otros testigos al fin del testamento, como en otra cualquiera escritura, sin que haya mas firmas.

4^a Los testigos han de ser vecinos del pueblo en que se otorga el testamento? Se opina comunmente no ser preciso que lo sean, porque ninguna ley lo previene.

Pueden verse estas dudas tratadas con mas estension en Gomez, ley 3 de Toro, nn. 49 y 50; Greg. Lopez en la ley 3, tít. 12, P. 6, glosa 2 al fin; Acevedo, ley 2, tít. 4, lib. 5; Racop, nn. 25 y sig.; Febrero, tom. 2, pag. 9, núm. 15.

Testamento nuncupativo por poder ó por comisario.

El testador puede hacer su testamento por sí mismo, ó nombrar un *comisario* ó apoderado que lo haga, otorgándole al efecto el correspondiente poder, que por tener las mismas solemnidades que

el testamento nuncupativos conviene examinar aquí. (LL. 31 y 39 de Toro, ó 1 y 8, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

El *comisario* nombrado para testar, no puede instituir heredero, ni hacer mejoras de tercio y quinto, ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlos vulgar, popular, ejemplarmente ó de otra manera, ni darles tutor, á no ser que se le hubiere dado facultad específica para ello; mas nunca se entenderá tenerla para nombrar heredero si el nombre de éste no estuviese expresado en el poder, al cual debe ceñirse el *comisario* en estos casos, sin hacer otra cosa que la que especialmente se le hubiere encargado. (L. 31 de Toro, ó 1, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

Cuando el testador no espresó el nombre del heredero, ni dió facultad para hacer alguna de las cosas indicadas, sino solo para hacer testamento por él, puede el *comisario* pagar las deudas del testador, y repartir por su alma el quinto de sus bienes líquidos, debiendo entregar el remanente á los herederos abintestato, ó bien disponer de él por causas pías en caso de no haber tales herederos, despues de dar á la viuda lo que por derecho le corresponda. (L. 32 de Toro, ó 2, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

El *comisario* debe usar del poder en el término

de cuatro meses si estuviere en el lugar al tiempo en que se le dió; en el de seis meses si estaba ausente pero dentro de la nacion; y en el de un año si estuviere fuera de ella, á menos que el testador hubiese coartado ó alargado el término. Pasados dichos términos perentorios, que corren tambien contra el comisario que ignorase su nombramiento, irán los bienes del testador comitente á sus herederos abintestato ó al designado en el poder si le hubiera, los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos, estarán obligados á disponer de la quinta parte por el alma del difunto, y serán habidas por hechas todas las cosas que éste hubiere encargado. (L. 33 de Toro, ó 3, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec., y Ant. Gomez en ella, y ley 36 de Toro, ó 13, tít. 20, lib. 10 Nov. Rec.)

El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho ni en todo ni en parte, á no estar en el poder esta facultad, ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder; ni despues de hecho el testamento puede hacer codicilo ni declaracion alguna por cualquiera motivo que sea, aunque se hubiere reservado libertad para ello. (L. 37 de Toro, ó 6, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

Cuando hay muchos comisarios nombrados por el testador, y alguno de ellos muere, ó no puede,

ó no quiere desempeñar el cargo, queda refundido el poder por entero en los demás, y siempre se está á lo que hiciere la mayoría; mas en caso de no haberla por razon de empate, deben tomar por tercero al juez de primera instancia que residiere en el pueblo, y en su defecto al alcalde ordinario, para proceder todos reunidos á la ejecucion de lo contenido en el poder. Si hubiese dos ó mas alcaldes, y los comisarios no se conviniere en su eleccion, dabrará entonces hacerse ésta por suerte. (L. 38 de Toro, ó 7, tít. 19, lib. 10 Nov. Rec.)

*Ejemplo de un testamento nuncupativo
ó abierto.*

Para que se compranda mejor lo que es un testamento nuncupativo ó abierto, bueno será tener presente el siguiente ejemplo de la fórmula que debe contener.

Sello tantos, etc.—En el nombre de Dios Todopoderoso, uno en esencia y trino en personas. Yo, D. Fulano de tal, natural y vecino de tal parte, hijo legítimo y de legítimo matrimonio de D. N. y de D.^{ca} N., difuntos, naturales que fueron de tal parte, hallándome enfermo en cama de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido enviarme, pero en mi entero juicio y cabal memo-

ria; creyendo, como firmemente creo, todos los misterios de nuestra santa fe católica, en cuya fe y creencia quiero y protesto vivir y morir, y esperando en que la divina misericordia me perdonará mis culpas y pecados por la intercesion de María Santísima nuestra Señora, á cuyo patrocinio me acojo, para que con el Santo Angel de mi guarda, Santo de mi nombre y demás santos de mi devocion, me amparen y favorezcan en el trance de mi muerte; hago, otorgo y ordeno este mi testamento en la forma siguiente:

Primamente, encomiendo mi alma á Dios, que la crió de la nada, y mi cuerpo á la tierra de que fué formado.

—En seguida se irán asentando todas las disposiciones del testador, relativas al entierro de su cadáver, misas que hayan de decirse, y sufragios que quiera que se le apliquen.

—Seguirán las declaraciones que haga de si es casado y con quién; si trajo dote su mujer, y en qué bienes y forma; si él ó ella trajeron capital al matrimonio, en qué cantidad, y si subsista ó no; si dió arras ó donas, y á qué ascendieron.

—Si han tenido hijos, y cuántos; si alguno ó algunos se han casado; si les han dado dote á las mujeres, y en qué forma y cantidad; si á los varones les han hecho donacion *propter nuptias*, ó

de otra especie, con causa ó sin ella; y si algunos han percibido ya parte de sus legítimas, con todo lo demás que quieran que se tenga presente y se traiga á colacion por los partícipes.

—Si hubiere deudas pasivas se especificarán si se quiere, ó se remitirán al hablar de ellas á los libros de caja ú otras constancias.

—A continuacion se mencionarán los bienes de que conste el caudal, incluyendo las deudas activas, indicando sus respectivas constancias, ó remitiéndose á los documentos ó instruccion que se deje al albacea.

—Se asignará la cantidad que se deje á las mandas forzosas, se harán los legados y distribucion del quinto ó tercio (segun fuere el testador) en los términos que disponga.

—Si aplicare el quinto, como debe, en favor de los hijos habidos fuera del matrimonio, ó de otros objetos reservados, podrá hacerse por medio de un comunicado secreto, á su albacea ó confesor, cuya cláusula puede estenderse en estos términos:

Mando que el quinto de mis bienes, deducidos los gastos que debe cubrir, se entregue cuantio antes á N., mi confesor, ó á N., mi albacea, para que con él ejecute lo que bajo secreto le dejo comunicado para descargo de mi conciencia, sin que persona ó juez alguno eclesiástico ó secular le

pueda pedir cuenta de dicha cantidad; y solamente quiero que el señor juez de testamentos le pueda pedir que bajo el mismo sigilo se lo manifieste, para que le conste estar cumplida mi voluntad y lo declare así por un auto sin otra espresion.

—Despues de esto se pondrá la institucion de herederos, en lo que podrán tener lugar las siguientes cláusulas.

Institucion de herederos.

Despues de cumplido y pagado todo lo espresado del remanente de mis bienes muebles y raíces, derechos y acciones, instituyo por mis únicos y universales herederos á los espresados D. N., D. N. y D. N., mis hijos, y de la citada Doña Fulana, mi mujer, y á los demás descendientes legítimos que tuviere al tiempo de mi fallecimiento y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su orden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por las leyes, con la bendicion de Dios y la mia.

Cláusula de desheredacion.

En atencion á que mi hijo Diego, de edad de tantos años, me dió atrevidamente una bofetada, me prendió, me infamó ó me acusó de delito, por

el que fuí desterrado (ó la causa que fuere), usando de las facultades que me dan las leyes del tít. 7 de la Partida 6, le desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender, y quiero y mando que ni por razon de alimentos ni otro título ni motivo sea admitido total ni parcialmente á su goce, sin que por esta pretericion y desheredacion pueda anularse este mi testamento en tiempo alguno.

Cláusula de mejora.

A mi hija Fulana, casada con N., la di en dote para su casamiento tal cantidad; y respecto á no poder ser mejoradas las hijas por contrato entre vivos, por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con sus hermanos la dote que le entregué; y no estando prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que le consigno con tal y tal cosa, para que las haya y herede á mas de su legítima, haciéndose la deducion conforme á la ley del estilo.

Institucion de heredero á un hijo natural á falta de descendientes legítimos.

Por quanto me hallo sin descendientes legíti-

mos, y con un hijo natural que reconozco, llamado N. N., que tuve en Fulana, siendo ambos solteros y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; sin embargo de tener ascendientes legítimos, usando de la facultad de la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de mis bienes, derechos y acciones, al expresado N., para que los haya y herede con la bendición de Dios y la mía.

Nombramiento de tutor.

En atención á que mis hijos N. y N. se hallan aún en la edad pupilar, en uso de la facultad de la ley 3, tit. 16 de la Part. 6, nombro por tutor y curador de sus bienes á Fulano, y en consideración á su notoria honradez, buen manejo y afecto que me tiene acreditado, le relevo de fianzas, y le consigno frutos por alimentos para su crianza y manutención; y suplico al señor juez ante quien se presentare testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y le discierna el cargo con la relevación y consignación mencionadas, que así es mi voluntad.

Nombramiento de albaceas.

Nombro por testamentarios, albaceas y ejecutores de este mi testamento, á N. y N., y á cada

uno de ellos *in solidum* doy todo mi poder cumplido, cuanto en derecho se requiere, para que puedan entrar y entren en todos mis bienes, y los vendan y rematen en pública almoneda ó fuera de ella, según les pareciere conveniente, para que de su producto cumplan y paguen mis disposiciones dentro del término legal, ó el mas tiempo que necesiten, pues al efecto se los prorrogo; y les doy facultad para que puedan sustituir sus oficios y subrogar otros en su lugar, que lo lleven á debida ejecución, á los cuales doy por nombrados, y les concedo la misma facultad y potestad que á los expresados.

—Si el nombramiento no fuere para que procedan *in solidum*, se omitirá esa cláusula, explicando los términos en que hayan de entrar en el encargo.

Calce del testamento.

Y por el presente, revoco y anulo cualquiera otro testamento ó testamentos, codicillo ó codicilos que yo haya hecho y otorgado, para que no valgan ni tengan efecto alguno en juicio ó fuera de él, ahora ni en tiempo alguno que parezca y sea mostrado, aunque tenga cláusulas derogatorias y palabras particulares de que haya de hacer especial mención, de las que al presente no me acuet-

do, y doy por espresadas literalmente; y quiero y mando que el presente se cumpla y ejecute como mi última y deliberada voluntad, en la forma y modo que mejor lugar haya en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano público de esta ciudad, á tantos de tal mes y año, siendo testigos N., N. y N., vecinos de ella. Y yo, el escribano, doy fe que conozco al otorgante, quien á lo que parece se halla en su entero juicio, acuerdo y cumplida memoria, en testimonio de lo cual lo firmo.

Ejemplo de un poder para testar.

Tambien me parece conveniente poner aquí un ejemplo de poder para testar, pues de este modo se comprenderá mejor que dicho poder contiene en su esencia las mismas formalidades que el testamento nuncupativo ó abierto:

Sello tantos, etc.—En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, á quien doy fe conozco (aquí su naturaleza, filiacion y protesta de la fe, como en el testamento abierto) dijo: Que por cuanto tiene suma confianza y satisfaccion de que N., su íntimo amigo, hermano ó pariente, desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente el ar-

reglo y disposicion de su última voluntad, conforme á los comunicados que le tiene hechos ó á la memoria que le deja escrita; por tanto, otorga y confiere al citado N. poder tan amplio, firme y eficaz como en derecho se requiere, para que en su nombre y representando su persona, formalice y ordene su testamento y última voluntad, dentro (ó fuera) del término legal, haciendo en él los legados. (Aquí seguirán esplicándose todos los actos para que da facultad el poderdante á su comisario, especificando especialmente aquellas para que no basta el poder general, como son las de hacer mejoras, desheredaciones, sustituciones, nombramiento de tutor y aun de herederos, teniendo presente que para esto último es necesario que se designen las personas por el poderdante; si no se estendiere á esto el poder, se insertará en él ó á continuacion de lo dicho la cláusula de institucion de herederos, y todas las demás de lo que dispusiere por sí mismo). Para todo lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y ampliaciones convenientes, y que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion para ello, para otorgar su testamento y para evacuar lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le prorroga el término que el derecho prefine por el que necesite

sin limitacion. Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar, y demás disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni estrajudicialmente, excepto este poder, y el testamento ó disposicion que en su virtud se ordene; que quiere y manda se tenga y cumpla por su última voluntad en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, siendo testigos (aquí los nombres de tres á lo menos) vecinos de esta ciudad: doy fe. La firma del otorgante y del escribano.

Ejemplo de testamento por poder.

He aquí un ejemplo de una disposicion testamentaria hecha por poder:

Sello tantos, etc.—En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, á nombre de Fulano, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella, á tantos de tal mes y año, por ante Fulano, escribano público, cuya copia original entrega para documentar este testamento é incorporarla en sus traslados, y cuyo tenor literal es el siguiente: (Aquí la copia del poder). Correcuerda

el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fe; y asegurando e l otorgante, como asegura y declara no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y que en uso de sus facultades, aceptándolo nuevamente, dijo: Que el mencionado Fulano falleció tal dia bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que él dejó ordenado y le tenia comunicado, se hizo tal dia su entierro (aquí se expresan los términos en que esto se verificó y sufragios que se le aplicaron), por todo lo que se pagaron los correspondientes derechos.

—A continuacion se van explicando las determinaciones del difunto y el cumplimiento que les haya dado el comisario; las facultades que le hubiesen sido conferidas y el uso que haya hecho de ellas; y si alguna de las disposiciones del poderdante no se cumpliere, se espereará el motivo, y al fin se pondrá la conclusion.

Conviene observar aquí que en los lugares donde no haya escribano, autorizarán el testamento los jueces que actúen por receptoría con asistencia de dos testigos.

Del codicilo.

El codicilo consiste en una disposicion de última voluntad hecha antes ó después del testamento.

to, del cual se diferencia en algunas cosas (L. 1, tít. 12, P. 6). Puede haber codicilo sin que haya testamento. El codicilo es de dos clases, como el testamento, á saber: nuncupativo ó abierto, y escrito y cerrado; el primero deberá tener las mismas solemnidades que el testamento abierto ó nuncupativo (L. 1, tít. 12, P. 6, y l. 2, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.); y el codicilo cerrado deberá tener cinco testigos que lo firmen (L. 3, tít. 12, P. 6).

En el codicilo se pueden aumentar, disminuir ó variar los legados, y hacer cualquiera otra modificación; como igualmente declarar el nombre del heredero instituido en el testamento, las condiciones anunciadas en él, y los agravios ó causas que dieron lugar á la desheredación de los herederos forzosos; pero no instituir heredero directamente ni poner condición al nombramiento hecho en el testamento, ni instituir, ni desheredar: bien que puede darse y quitarse indirectamente la herencia, encargando al heredero *abintestato* ó al nombre de en el testamento, que entregue la herencia á otro en cuyo caso se reservará la cuarta trebelianica (L. 2, tít. 12, P. 6), y aun según opinan muchos autores, tiene el heredero legítimo ó testamentario, la obligación de dar la herencia al nombrado en el codicilo, aunque no se le ha hecho este

encargo, porque la institución directa de heredero hecha en el codicilo, se convierte, dicen, en fideicomisaría, con facultad sin embargo, de reservarse la cuarta trebelianica. Mas no es fácil combinar esta opinión con la prohibición legal de nombrar heredero en el codicilo.

El codicilo no se anula por otro posterior, como no consta haber sido tal la voluntad del que le hizo; de modo que pueden ser válidos todos los codicilos de una misma persona, aunque sean muchos, si no se contradicen (L. 3, tít. 12, P. 6).

Pondré un ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto, para que se comprenda bien su naturaleza; y luego, al hablar del testamento cerrado, pondré ejemplo de codicilo cerrado.

Ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto.

Sello tantos, etc.—En tal parte, á tantos de tal mes y año: ante mí el escribano y testigos, Fulano de tal, vecino de ella, dije: Que en tal día de tal mes y año, otorgó su testamento ante Fulano, escribano público, del cual ha deliberado quitar y anular algunas cosas y añadir otras, y poniéndolo en ejecución por vía de codicilo, ó en la forma que mejor lugar haya en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.

—A continuación se asentarán las determinaciones del testador, y concluidas, se pondrá la siguiente cláusula:

Todo lo cual quiere que valga en la vía y forma legal, y manda se guarde, cumpla y ejecute, y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo demás lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última voluntad, y á la que con ningún motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga y firma, siendo testigos, etc.

PARTE CUARTA.

Del testamento escrito ó cerrado.

Definición del testamento cerrado.

Testamento escrito ó cerrado es el que se hace en escritura cerrada, signada en la cubierta por escribano y firmada de éste, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y testigos, ó á lo menos éstos, su contenido (L. 1, tit. 1, P. 6).

Modo de hacer el testamento cerrado.

Llámasse escrito ó cerrado este testamento de que voy hablando, porque el testador no le hace

de palabra, sino que lo escribe por sí ó por medio de otra persona de su confianza en *poridad* ó secreto, como dice la ley 2, tit. 1, P. 6, y luego le cierra de modo que nadie pueda enterarse de su contenido; y así escrito en papel blanco ó sellado, y cerrado con lacre ó oblea, ú otra cosa que lo asegure, lo presenta al escribano y siete testigos, declarando que aquel es su testamento; el escribano estiende en la cubierta el otorgamiento que firman el testador, los siete testigos y el escribano con su signo. Si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos dirigiéndole alguno la mano trémula, debe firmar por él uno de los testigos; si alguno de éstos no saben, firmará por ellos otro; y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa; primero por el otorgante ó testador, luego por sí como testigo, y despues por los demás, espresando el nombre y apellido de cada uno; de manera que ha de haber ocho firmas en el otorgamiento además del signo del escribano, y debe saber escribir un testigo á lo menos.

Requisitos del testamento cerrado ó escrito.

Este modo de proceder está conforme con los

—A continuación se asentarán las determinaciones del testador, y concluidas, se pondrá la siguiente cláusula:

Todo lo cual quiere que valga en la vía y forma legal, y manda se guarde, cumpla y ejecute, y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo demás lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última voluntad, y á la que con ningún motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga y firma, siendo testigos, etc.

PARTE CUARTA.

Del testamento escrito ó cerrado.

Definición del testamento cerrado.

Testamento escrito ó cerrado es el que se hace en escritura cerrada, signada en la cubierta por escribano y firmada de éste, del testador y siete testigos presenciales, ignorando regularmente el escribano y testigos, ó á lo menos éstos, su contenido (L. 1, tit. 1, P. 6).

Modo de hacer el testamento cerrado.

Llámasse escrito ó cerrado este testamento de que voy hablando, porque el testador no le hace

de palabra, sino que lo escribe por sí ó por medio de otra persona de su confianza en *poridad* ó secreto, como dice la ley 2, tit. 1, P. 6, y luego le cierra de modo que nadie pueda enterarse de su contenido; y así escrito en papel blanco ó sellado, y cerrado con lacre ó oblea, ú otra cosa que lo asegure, lo presenta al escribano y siete testigos, declarando que aquel es su testamento; el escribano estiende en la cubierta el otorgamiento que firman el testador, los siete testigos y el escribano con su signo. Si el testador no sabe ó no puede escribir, á lo menos dirigiéndole alguno la mano trémula, debe firmar por él uno de los testigos; si alguno de éstos no saben, firmará por ellos otro; y si el testador y seis de los siete testigos tampoco saben ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa; primero por el otorgante ó testador, luego por sí como testigo, y despues por los demás, espresando el nombre y apellido de cada uno; de manera que ha de haber ocho firmas en el otorgamiento además del signo del escribano, y debe saber escribir un testigo á lo menos.

Requisitos del testamento cerrado ó escrito.

Este modo de proceder está conforme con los

requisitos que exige la ley para el testamento cerrado.

“En el testamento cerrado que en latin se dice *in scriptis* dice la 12, tít 18, lib. 10 Nov. Rec., mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con su escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar, y si no supieren y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. El escribano debe prevenir en el otorgamiento que tal testigo firmará por el testador, por sí ó por los testigos restantes á causa de no saber ó no poder, y luego que él mismo lo signe y firme despues de todos, entregará el testamento así autorizado al testador para que lo guarde en su poder ó en el de la persona que elija, pues no puede parar este documento en poder del escribano como tal, hasta que se abra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público.” La intervencion del escribano se tiene entre los autores por absolutamente necesaria, aunque algunos sin fundamento quieren que pueda suplirse añadiendo un testigo mas, como en el testamento del ciego. No es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga el testamento; pero se ha de espresar de

donde lo son para poder recibir sus declaraciones en el acto de la apertura. Un mismo testamento puede ser en parte cerrado y en parte abierto. A su tiempo veremos las diligencias que se practican para la apertura de un testamento.

Ejemplo de testamento escrito ó cerrado.

He aquí un ejemplo de testamento escrito ó cerrado para que se comprenda mejor:

En la ciudad de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos Fulano de tal, vecino de ella, etc. (su filiacion), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido enviarle, y en su juicio y razon natural, á quien doy fe conozco, dijo: Que en aquel pliego cerrado se contenia su testamento y última voluntad, en el que tiene hecha la protesta de la fe católica, y deja señalada sepultura, herederos, albaceas y otras mandas y disposiciones testamentarias; que quiere subsista cerrado durante su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal y en los términos que indica; y que revoca y anula por él todos los testamentos y demás disposiciones que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni estraju

dicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los siete testigos) llamados por él, y que también firmaron por ante mí el infrascrito escribano público. (Aquí las ocho firmas del otorgante y testigos, supliéndose por los que sepan las de los que no sepan). En fe de lo cual, lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

Ejemplo de codicilo cerrado ó escrito.

Dije antes que para el codicilo cerrado ó escrito, se necesitan cinco testigos, lo cual, aunque no está espreso terminantemente en la ley 3, tít. 12, P. 6, que habla de este codicilo, pero se infiere de la razón de esa misma ley, y así lo esplican perfectamente los autores (Greg. Lopez, glosa 2 de la ley cit; Ant. Gomez en la ley 3 de Toro, núm. 69, y Febrero Mej. tom. 2, pág. 216, núm. 4.)

He aquí un ejemplo de codicilo cerrado:

En tal parte, á tantos de tal mes y año, Fulano de tal, vecino, etc., dijo: Que en tal día, mes y año, otorgó su testamento cerrado ante Fulano, escribano, y como despues haya dispuesto revocarle, quitarle y enmendarle algunas cosas, y añadirle otras, como lo ha hecho por el codicilo cerrado, que espresó contenerse en este pliego cerra-

do, lo otorga por tal codicilo, y quiere que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad de deracho, y que su contenido valga, se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última voluntad, pues en lo que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demás lo deja en su fuerza y vigor, y asimismo revoca todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorgó y firmó en presencia de (aquí los nombres de los cinco testigos) llamados y rogados por él, y que también firmaron por ante mí el infrascrito escribano público. (Aquí las firmas del otorgante y testigos). En fe de lo cual, lo firmo y signo.—En testimonio de verdad.—Fulano de tal.

PARTE QUINTA.

Del testamento privilegiado.

Dijimos que el testamento se dividia en solemne y privilegiado, y que el solemne era nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. Habiendo, pues, considerado ambos, pasemos ahora á tratar del privilegiado.

Definicion del testamento privilegiado.

Testamento privilegiado es el que no está suje-

to á las solemnidades que se requieren para la validez de los testamentos solemnes en general.

¿Qué testamentos privilegiados hay entre nosotros?

Propiamente entre nosotros no hay mas testamento privilegiado que el de los militares, concedido por la ley 4, tít. 1, P. 6, y hecho luego estensivo á todos los individuos que gozan el fuero de guerra por la ley 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.

Requisitos del testamento privilegiado.

Aunque el testamento privilegiado no está sujeto á las reglas y ceremonias del testamento solemne, tiene sin embargo sus requisitos esenciales que le marcan las leyes citadas. Segun la ley 4, tít. 1, P. 6, podia testar el militar y soldado estando en accion ó peligro de muerte, segun quisiese y pudiese, de palabra ó por escrito, y aun escribiéndolo con su sangre en su escudo ó armas, ó en la tierra ó arena, con tal que se probase con dos testigos presenciales y no de otra forma; pero fuera de la hueste, es decir, fuera de campaña, tenia que arreglarse á las leyes comunes. Posteriormente se dispuso en las Ordenanzas del ejército (Orden militar, trat. 8, tít. 11, art. 1 hasta el 4),

que todo individuo que gozase del fuero militar, lo goce tambien tocante á testamento en cualquier parte que teste, sea dentro ó fuera de campaña; que en el conflicto de un combate ó cerca de empezarle, en naufragio ú otro inminente peligro militar, pueda testar como quisiere ó pudiese, por escrito sin testigos, en cuyo caso valdrá la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra, ó de palabra ante dos testigos que depongan conformes haberles manifestado su última voluntad;—que se tenga por válida la disposicion del militar, escrita de su letra en cualquier papel que la haya hecho, sea en guarnicion, cuartel ó marcha; y que siempre que pueda testar en paraje donde haya escribano, lo haga con éste segun costumbre. Ultimamente se declaró que todos los individuos del fuero de guerra, puedan en fuerza de sus privilegios, otorgar por sí sus testamentos en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva, puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la ley militar, la civil ó la municipal (L. 8, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

Resulta, pues, que los requisitos del testamento privilegiado de que gozan los militares y todos

los demás individuos del fuero de guerra, se reducen á que puedan hacer testamento, sea en campaña ó fuera de ella, de palabra ante dos testigos, ó por escrito en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo, ó bien ante escribano; pero en este último caso tendrán que sujetarse á las solemnidades del testamento solemne.

Observaciones.

El privilegio de hacer testamento sin las solemnidades de estilo, puede ceder en perjuicio de las mismas personas privilegiadas, ó de sus parientes y amigos; pues así es mas fácil suponer testamentos de sujetos que realmente hayan muerto intestados; de lo cual se ve que las formalidades de que deben revestirse los testamentos, no se prescriben como vanas fórmulas, sino como medios de evitar los fraudes.

Por fortuna no admiten nuestras leyes otro testamento privilegiado que el militar. Algunos autores dicen que es una especie de testamento privilegiado el de los que se llaman *indios*, como lo dicen Solórzano, Polit., ind. lib. 2, cap. 28, núm. 55; Montenegro en su "Itinerario para párrocos de indios" lib. 1, tít. 11, sec. 3, núm. 2; Paz en sus consultas y pareceres, "clas. 9, cons. 6, par. 243;

cuyos lugares pueden verse en el tom. 2, pág. 12, § 20 del Febrero Mej., quien inclinándose á esas opiniones que algunos corroboran con las leyes 9, tít. 13, lib. 1, y 32, tít. 1, lib. 6, Rec. de Ind., aun forma argumento con las palabras de la ley 9 citada, *porque ordinariamente mueren los indios sin testamento, y cuando disponen de sus haciendas, es en memorias simples y sin solemnidad*; que indican en cierto modo aquella costumbre de que hablan los autores referidos.

Me parece, sin embargo, que no debe considerarse como privilegiado el testamento de los indios, pues en primer lugar la ley no espresa terminantemente, como debia, que los dichos indios gocen el privilegio, y en segundo lugar, las palabras citadas de la ley se refieren á una costumbre, que en mi concepto será válida si cumple con los requisitos que exige la ley para los testamentos solemnes, pues muy bien pueden los indios hacer testamento por *memorias simples*, como se dice en las palabras citadas de la ley, y muy bien pueden los albaceas ó herederos elevar á solemnes esas memorias simples, que de otro modo no serian válidas, haciéndose en este último caso la sucesion ab-intestato.

¿Qué cosa es testamento ológrafo?

El testamento *ológrafo* no tiene lugar en Méjico mas que entre los militares, y por eso lo trato aquí.

Se llama testamento *ológrafo* al que está escrito por entero, fechado y firmado de la mano del testador, sin necesidad de otras formalidades. La denominacion de *ológrafo* se deriva de dos voces griegas, una de las cuales significa *solo*, y la otra *escribir*. Este modo de testar, que está admitido en algunas naciones, como por ejemplo en Francia, no se conoció entre los romanos, ni tampoco está en uso entre nosotros sino con respecto á los militares, los cuales pueden testar en esta forma ó en otra que mejor les parezca, como dije ya. La prueba de este testamento no puede hacerse sino comparando la letra y firma del testador con la letra y firmas hechas por él en otros papeles reconocidos por suyos; pero como hay muchas personas que saben imitar con la mayor perfeccion cualquier letra y firma de mano extranjera, no puede quedar duda de que es poco seguro este género de prueba, y muy peligrosa por consiguiente esta manera de consignar sus últimas disposiciones.

Al hablar de los testamentos de los extranjeros, esplicaré el caso, que puede ocurrir, de que un mejicano hiciera en Francia testamento *ológrafo* disponiendo de los bienes que tenia en Méjico.

PARTE SESTA.

Del testamento de los extranjeros.

Observaciones históricas.

Es un principio inconcuso que el derecho de testar proviene de la propiedad y del derecho civil, porque como ya observé antes, en el estado natural, muerto el hombre, se apodera de sus bienes el primer ocupante, por lo mismo que en dicho estado no hay garantías ni propiedad estable. Se sorprende, sin embargo, nuestro entendimiento, cuando al registrar los antiguos códigos de naciones que ya no estaban, de seguro, en el estado natural, encontramos desconocido el derecho de los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento solemne de la muerte; y todavía sorprende mas ver cómo aquellas mismas naciones entregaban al fisco las herencias de los extranjeros que tenían la mala fortuna de morir en ellas. Veámos aquí lo que dice Vattel sobre esta práctica cor-

traría á los principios de justicia y de respeto á la propiedad:

Esta práctica—dice el citado autor en el § CXII, cap. 8, lib. 2 de su derecho de gentes—se fundaba en cierto derecho que escluye á los extranjeros de toda herencia en el Estado, ya sea á los bienes de un ciudadano ó á los de un extranjero; y por consiguiente, no pueden ser sustituidos los herederos por testamento ni recibir ningun legado. Grocio dice con razon, que esta ley viene de los rigtos en que se miraba á los extranjeros como enemigos. Aun cuando los romanos llegaron á ser muy cultos é ilustrados, no podian acostumbrarse á mirar á los extranjeros como hombres con los cuales tuviesen un derecho comun. Los pueblos—dice el jurisconsulto Pomponio—con los cuales no tenemos amistad, hospitalidad ni alianza, no son nuestros enemigos; sin embargo, si una cosa que nos pertenece cae en sus manos, son propietarios de ella; los hombres libres llegan á ser sus esclavos, y están en los mismos términos con respecto á nosotros. Es preciso creer que un pueblo tan sabio solo por retorsion necesaria, conservaba unas leyes tan inhumanas, no pudiendo conseguir de otro modo reparacion de las naciones bárbaras con las cuales no tenia ninguna amistad ni tratados. Bodino asegura que este derecho (el del fisco á la

sucesion de los extranjeros) se deriva del mismo origen. En la mayor parte de los Estados civilizados se ha modificado y aun abolido sucesivamente. El emperador Federico II fué el primero que lo derogó por un edicto que permite "á todos los extranjeros que fallecen en el territorio del imperio disponer de sus bienes por testamento, ó si mueren sin testar, dejar que los hereden sus parientes mas inmediatos."

Lo que previene hoy el derecho de gentes en esta materia.

Como el derecho de testar de los extranjeros ó de disponer de sus bienes despues de muertos—dice Vattel en el lugar citado, § CXI—resulta de la propiedad, no puede quitársele á ningun extranjero sin injusticia; por consiguiente, tiene por el derecho natural la libertad de hacer testamento. Pero se pregunta: ¿á qué leyes está obligado á conformarse, ya en cuanto á la forma, ó ya en cuanto á las disposiciones mismas de este instrumento? 1.º En cuanto á la forma ó á las solemnidades destinadas á justificar la verdad del testamento, parece que el testador debe observar las establecidas en el país en que lo otorga, á menos que la ley del Estado de que es miembro no

P. 33.

ordene otra cosa, en cuyo caso está obligado á observar las formalidades que ésta le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el paraje del fallecimiento; porque si un viajero le otorga y le envia cerrado á su país, es lo mismo que si lo hubiese hecho allí, y debe observar sus leyes. 2.º Por lo que hace á las disposiciones en sí mismas, ya hemos dicho que las que corresponden á los inmuebles, deben conformarse á las leyes del país en que están situados. El testador extranjero tampoco puede disponer de los bienes moviliarios ó inmuebles que posee en su patria, sino conforme á las leyes de ella; pero en cuanto á los bienes moviliarios, dinero y otros efectos que posee en otra parte, que lleva consigo ó que siguen su persona, es preciso distinguir entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las que afectan propiamente la calidad de ciudadano. Como el extranjero permanece ciudadano de su patria, está siempre sujeto á estas últimas leyes en cualquier paraje que se halle, y debe conformarse á ellas en la disposición de sus bienes libres y moviliarios de cualquiera clase que sean. Las leyes de esta especie del país en que se halla, y del cual no es ciudadano, no le obligan. Por eso un hom-

bre que testa y muere en país extranjero, no puede quitar á su viuda la porción de bienes moviliarios que le asignan las leyes de la patria. Así, pues, un ginebrino, que está obligado por las leyes de Ginebra á dejar una legítima á sus hermanos ó primos, si son sus herederos mas inmediatos, no puede privarlos de ella testando en un país extranjero mientras permanezca ciudadano de Ginebra, y un extranjero que muera en ella, no está obligado en este punto á conformarse á las leyes de la República. Todo lo contrario sucede con las leyes locales, porque arreglan lo que puede hacerse en el territorio, y no se estiende fuera de él. El testador no está sometido á ellas despues que sale del territorio, ni afectan á los bienes que tiene igualmente fuera, porque el extranjero está obligado á observar estas leyes en el país en que está en cuanto á los bienes que posee en él. Por eso un ciudadano de Neufchatel, á quien están prohibidas en su patria las sustituciones de los bienes que posee en ella, sustituye libremente los que tiene consigo, que no están bajo la jurisdicción de su patria, si muere en un país en que aquellas se permiten: y un extranjero testando en Neufchatel, no podrá allí sustituir ni aun los bienes moviliarios que posee, á no ser que pueda decirse que el espíritu de la ley exceptúa los de esta clase.

Lo que está vigente hoy en materia de testamentos de extranjeros, y lo que se practica en Méjico.

De las doctrinas espuestas del derecho de gentes moderno, se ve que las legislaciones de los países mas adelantados han comprendido ya en su verdadero punto de vista el derecho que tienen los extranjeros para disponer de sus bienes en el momento de la muerte. Estas doctrinas del derecho de gentes se contienen en este principio:

“Se supone que el testador tuvo la intencion de referirse á sus costumbres y usos ordinarios y á las leyes del lugar de su domicilio, que son las que le eran conocidas y las que tenia presentes en su memoria.”

Esta regla fundada en la naturaleza misma del espíritu humano, está escrita en las leyes romanas (L. 21, § 1, ff. *Qui test fac poss.*; L. 50, § 3, ff. *De leg. I.*; L. 75, ff. *De leg. III.*). Ha sido adoptada sin disputa por Menoch, Grocio, Paul Voet, Sande; sobre todo por Juan Voet, Rodenburg, Boullenocio, Hert, Vattel, Glück, el *Repertorio de Jurisprudencia*, Tittmann, M. M. Mittermaier, Eichhorn, Mühlenbruch, Rocco, Burge, y la

Cour royale de Paris. (Felix, derecho internacional privado, lib. 11, tit. 1, cap. 11, sec. VI).

La legislacion mejicana tiene arregladas á estos principios de derecho de gentes sus disposiciones legales sobre testamentos de extranjeros; y donde principalmente se encuentran estas disposiciones, es en los diversos tratados celebrados entre Méjico y las naciones extranjeras. Así, en el artículo 9 de los tratados celebrados con la Inglaterra el 26 de Diciembre de 1826, en Lóndres, se encuentra lo siguiente:

“Por lo que toca á la sucesion de las propiedades personales por testamento ó de otro modo, y al derecho de disponer de la propiedad personal por venta, donacion, permuta ó de otro modo cualquiera, así como tambien la administracion de justicia, los súbditos y ciudadanos de las dos partes contratantes, gozarán en sus respectivos dominios y territorios los mismos privilegios, libertades y derechos que si fueran súbditos nativos, y no se les cargará en ninguno de estos puntos ó casos, mayores impuestos ó derechos que los que pagan ó en adelante pagaren los súbditos ó ciudadanos nativos de la potencia en cuyo territorio residan.”
Este artículo es literalmente el 9 del tratado con Hannover, publicado en 29 de Octubre de 1829; y el 13 del celebrado con los Estados-Unidos del

Norte, publicado en 1.º de Diciembre de 1832, y sustancialmente es el 10 del tratado con los Países-Bajos, y el 11 con Dinamarca, publicados en 16 de Junio y 29 de Octubre de 1829. Cuyos tratados se pueden ver en el *Derecho internacional mejicano*, páginas 97, 121, 158, 115 y 131.

Peró para comprender bien esta materia, es preciso saber perfectamente quiénes son extranjeros en Méjico. El artículo 1.º de la ley de extranjería de 30 de Enero de 1854, que está vigente, dice:

Son extranjeros para los efectos de las leyes:

- I. Los que nacidos fuera del territorio nacional, sean súbditos de otro gobierno y no estén naturalizados por carta especial firmada del presidente de la República.
- II. Los hijos de extranjeros nacidos en el territorio nacional hasta la edad de veinticinco años, si se mantuvieren bajo la patria potestad.
- III. Los mismos hijos de que trata el párrafo anterior, cuando emancipados declararen ante la autoridad política del lugar de su residencia y dentro del año siguiente al de su emancipación, que no quieren naturalizarse.
- IV. Los hijos de mejicanos que residiendo con sus padres fuera de la República, dejasen pasar

un año despues de la mayor edad de veinticinco años sin reclamar la calidad de mejicano. Se exceptúa el caso de que la residencia fuera de la República sea por causa del servicio público.

V. Los ausentes de la República sin licencia ni comision del gobierno, ni por causa de estudios ó de interés público, que dejaren pasar diez años sin pedir permiso para prorogar su ausencia. Este permiso no excederá de cinco años en cada vez que se solicite, necesitándose, despues de concedido el primero, esponer justas y calificadas causas para obtener cualquier otro.

VI. Los hijos de mejicanos mayores de edad y residentes fuera de la República, que habiendo perdido su padre la calidad de mejicano, no reclamaren para sí esta misma calidad, pasados cinco años desde la privacion de los derechos de su expresado padre. En caso de esa reclamacion, se obligará á establecer su domicilio en la República dentro de un año de verificar aquella.

VII. La mejicana que contrajere matrimonio con extranjero, por deber seguir la condicion de su marido.

VIII. Los mejicanos que sin licencia del gobierno aceptaren honores ó cargos públicos de soberanos ó otros gobiernos extranjeros.

IX. Los que se naturalizasen en otros países.

X. Los que se establecieron fuera de la República con ánimo manifiesto y declarado de no pertenecer mas como súbditos de ella.

XI. Los que en la ocupacion de algunas ciudades ó poblaciones de la República por el enemigo extranjero, en caso de guerra con alguna potencia, enarbolaren en sus casas para su resguardo el pabellon de qualquiera nacion estraña, debiendo ser por este acto juzgados, y en caso de probada esta falta, espulsos del territorio nacional como extranjeros sospechosos contra la nacionalidad del país. Se consideran como parte del territorio de la República los buques nacionales sin ninguna distincion.

Tambien conviene saber cuándo se consideran como domiciliados los extranjeros en la República, y cuándo como transeuntes.

Dice el artículo 10 de la misma ley:

“Los extranjeros que residan en el territorio mejicano, siempre que su permanencia sea para largo tiempo por establecer casa abierta ó poblada, ó por adquirir bienes raíces, ó fundar alguna industria que suponga una residencia siquiera de tres años, se tendrán como domiciliados para los efectos de las leyes; mas si no tuvieren residencia fija ni hicieren una mansion larga en el país, se considerarán como transeuntes.”

Resulta, pues, de todo lo dicho, que en Méjico los extranjeros pueden disponer de sus bienes para despues de su muerte, arreglando su testamento á las leyes mejicanas en cuanto á los bienes raíces que tengan; y en cuanto á los bienes muebles, teniendo en cuenta la distincion ya esplicada con respecto á las leyes puramente locales y á las que afectan la calidad de ciudadano.

Por supuesto que los extranjeros que se naturalicen en Méjico quedan convertidos en ciudadanos mejicanos, y deben, por lo mismo, sujetarse en su testamento á todas las leyes mejicanas, ya sean sobre bienes raíces que tengan en Méjico, ó sobre bienes muebles, en cualquiera parte que estén.

Conviene, pues, saber cuándo se tienen por naturalizados los extranjeros. El artículo 7 de la ley de estranjería citada, dice:

El extranjero se tendrá por naturalizado:

I. Si aceptare algun cargo público de la nacion, ó perteneciere al ejército ó armada.

II. Si casare con mejicana y manifestare querer residir en el país gozando de la calidad de mejicano. Esta declaracion la verificará dentro de un mes de celebrado el matrimonio, cuando éste se haga en el territorio de la República, y dentro de un año si se hubiese contraido fuera.

Tambien se tienen, por supuesto, como natura-

lizados, los extranjeros á quienes se concede carta de naturaleza.

Cuestión del testamento ológrafo hecho en Francia por un mejicano ó por cualquier extranjero.

Hemos visto que en Méjico solo pueden hacer testamento ológrafo los militares. Pues bien; se ofrece la cuestión probable de que un mejicano que no fuese militar en su caso, ni gozase por consiguiente del privilegio, hiciese en Francia testamento ológrafo disponiendo allí de los bienes que tenia en Méjico.

Véamos lo que dice Escriche con mucho tino sobre este punto:

“Mas ¿podrá un extranjero que reside en Francia hacer en la *forma ológrafa* un testamento válido, ó revocar en la misma forma el que hizo en su patria con respecto á los bienes que en ella poseía? Declarándose la validez de la revocación por simple escrito ológrafo, y no presentándose otro testamento válido, no puede dudarse que los bienes inmuebles que el testador extranjero tuviese en Francia quedan sujetos á la declaración del tribunal francés, aunque las leyes del país del testador no admitan esta forma de testar, porque

los inmuebles situados son regidos por la ley francesa, y pueden disponer de ellos los extranjeros en virtud de la ley de 14 de Julio de 1819 del mismo modo y en la misma forma que los franceses.

“Pero ¿qué diremos de los bienes existentes fuera de Francia? ¿Podrá el testador extranjero residente en Francia disponer igualmente de ellos en la forma ológrafa? ¿Podrán alcanzarles la declaración que haga un tribunal francés de la validez de la revocación, hecha en papel ológrafo, de un testamento que hizo el testador con arreglo á las leyes de su país, que no admitían esta forma de testar? No: ni el extranjero residente en Francia puede disponer en la forma ológrafa de los bienes que tiene en su país ni revocar tampoco en dicha forma un testamento auténtico que habia hecho en su patria. Esto era cierto aun entre los mismos franceses, cuando antes del código civil estaba dividida la Francia en provincias de derecho escrito y provincias de derecho consuetudinario, pues no era válido el testamento ológrafo que otorgaba en una provincia de derecho consuetudinario el habitante de otra provincia de derecho escrito, como se deja ver por una declaración del Parlamento de Aix, en 14 de Junio de 1719, en que se dice que un testamento ológrafo hecho por

un provenzal fuera de la Provenza y en una provincia en que estos testamentos están autorizados, no sería válido con respecto á los bienes de la Provenza donde no se conocen tales testamentos. Mucho menos válido sería por consiguiente el testamento ológrafo que otorgue en Francia un extranjero, como por ejemplo, un español ó americano, con respecto á los bienes que posea en su tierra donde no se admite por las leyes generales tal forma de hacer testamento.

Se dice que el lugar rige el acto, *locus regit actum*; esto es, que las formalidades que se establecen en el país donde uno se encuentra son las que debe seguir cuando testa ó celebra algún contrato. Es verdad; esta es una máxima de derecho internacional, reconocida por todos los pueblos civilizados; pero es una máxima que se aplica solamente á los contratos y testamentos que se hacen con el ministerio de notarios ú oficiales públicos, ó de personas que están autorizadas por las leyes de su país para recibir alguna de estas especies de instrumentos, como lo están en ciertos países para recibir testamentos los eclesiásticos que ejercen la cura de almas; porque de una parte, el ciudadano que se encuentra fuera de su país no puede razonablemente ser privado de la facultad de contraer ó testar, y de otra parte no pueden ser reci-

bidos estos actos sino por los oficiales públicos del lugar en que se hacen y con las formalidades prescritas por las leyes de este lugar.

“Mas esta regla ó máxima internacional, ni se aplica ni puede aplicarse á los testamentos ológrafos, porque son unos actos meramente privados, que no están sujetos, hablando propiamente, á solemnidad alguna, y que no son obra sino de los que los hacen, quienes son al mismo tiempo autores y ministros de sus disposiciones. Así nos lo enseñan los autores franceses, especialmente Duranton en su *explicacion de las disposiciones testamentarias* del código civil, añadiendo que si la regla *locus regit actum* se ha aplicado alguna vez por los tribunales de aquella nacion á los testamentos ológrafos, se ha cometido en ello un verdadero *abuso*, y que es tan cierto que este testamento es un acto privado sin autenticidad alguna que los que tienen interés en que se lleve á ejecución, pueden con efecto impedirlo con solo decir que no reconocen la escritura y la firma de su autor, y entonces los que invocan el testamento habrán de probar que éste es obra de la persona á quien lo atribuyen, sea por medio de testigos, sea por documentos, sea por medio de expertos, en fin, del mismo modo y forma con que se prueban los escritos privados.”

"Síguese de aquí que el extranjero, sea español ó mejicano, que quiere hacer en Francia testamento válido ó revocar el que tiene ya hecho en España ó Méjico, disponiendo de los bienes que posee en su patria, debe arreglarse á la forma auténtica que se halla establecida por las leyes francesas, esto es, debe otorgar el acto ante un notario y cuatro testigos, ó ante dos notarios y dos testigos, segun la regla *locus regit actum*. Mas para que los testamentos ológrafos fuesen válidos y pudieran surtir sus efectos en los bienes que el extranjero tuviese en su patria, seria preciso que las leyes de su patria misma los reconociesen y admitiesen, y aun autorizasen á sus naturales á testar en esta forma dentro del país ó fuera de él, así como las leyes francesas admiten los que se hagan de esta clase por los franceses en su país ó en el extranjero; lo cual está muy lejos de ser así con respecto á los españoles ó mejicanos, pues ni nuestras leyes permiten los testamentos privados, ni en el estado actual de nuestra legislacion pueden ser tolerables, dejándose como se deja al arbitrio del juez el dar ó no dar valor segun su conciencia, al cotejo de letras, aunque todos los peritos opinen de un mismo modo.

Resúmen de la materia de testamentos.

He dado la definicion de testamento, y he dicho que se divide en solemne y privilegiado, explicando en seguida las dos clases principales de testamento solemne, que son el nuncupativo ó abierto, y el escrito ó cerrado. He tratado en seguida del testamento privilegiado, que entre nosotros solo tiene lugar entre militares ó individuos que gozan el fuero de guerra; y concluí con hablar del testamento de los extranjeros. Terminada, pues, la materia de testamentos en cuanto á la forma y requisitos del instrumento, paso ahora á considerar la materia de herencias y la de herederos, legatarios y albaceas.

PARTE SETIMA.

De la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas.

De la herencia.

Se llama herencia la sucesion en los bienes y derechos que tenia alguno al tiempo de su muerte, y el conjunto de los mismos bienes y derechos

"Síguese de aquí que el extranjero, sea español ó mejicano, que quiere hacer en Francia testamento válido ó revocar el que tiene ya hecho en España ó Méjico, disponiendo de los bienes que posee en su patria, debe arreglarse á la forma auténtica que se halla establecida por las leyes francesas, esto es, debe otorgar el acto ante un notario y cuatro testigos, ó ante dos notarios y dos testigos, segun la regla *locus regit actum*. Mas para que los testamentos ológrafos fuesen válidos y pudieran surtir sus efectos en los bienes que el extranjero tuviese en su patria, seria preciso que las leyes de su patria misma los reconociesen y admitiesen, y aun autorizasen á sus naturales á testar en esta forma dentro del país ó fuera de él, así como las leyes francesas admiten los que se hagan de esta clase por los franceses en su país ó en el extranjero; lo cual está muy lejos de ser así con respecto á los españoles ó mejicanos, pues ni nuestras leyes permiten los testamentos privados, ni en el estado actual de nuestra legislacion pueden ser tolerables, dejándose como se deja al arbitrio del juez el dar ó no dar valor segun su conciencia, al cotejo de letras, aunque todos los peritos opinen de un mismo modo.

Resumen de la materia de testamentos.

He dado la definicion de testamento, y he dicho que se divide en solemne y privilegiado, explicando en seguida las dos clases principales de testamento solemne, que son el nuncupativo ó abierto, y el escrito ó cerrado. He tratado en seguida del testamento privilegiado, que entre nosotros solo tiene lugar entre militares ó individuos que gozan el fuero de guerra; y concluí con hablar del testamento de los extranjeros. Terminada, pues, la materia de testamentos en cuanto á la forma y requisitos del instrumento, paso ahora á considerar la materia de herencias y la de herederos, legatarios y albaceas.

PARTE SETIMA.

De la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas.

De la herencia.

Se llama herencia la sucesion en los bienes y derechos que tenia alguno al tiempo de su muerte, y el conjunto de los mismos bienes y derechos

que deja el difunto deducidas las deudas. (L. 8, tit. 33, P. 7).

Generalmente se establece distincion entre la herencia y los bienes del difunto, entendiéndose por la primera todo lo que deja el difunto así en activo como en pasivo, y por los segundos, solo lo activo.

La reunion ó conjunto de todos los bienes y derechos de la sucesion, no forma una herencia propiamente dicha sino antes de la aceptacion del heredero presuntivo, porque despues de la aceptacion, todo el patrimonio del difunto se confunde con el de su sucesor y pierde el nombre de herencia.

Aunque la herencia comprende todos los bienes muebles é inmuebles del difunto, se la considera sin embargo como cosa puramente incorporeal, porque no es de su esencia el que se encuentren bienes positivos en ella. Así es que el hombre que nada deja al morir, no deja por eso de tener una herencia en ese sentido como el mas rico propietario.

La herencia resulta, ó de un acto que espresa la voluntad del testador, ó por disposicion de la ley que presume y supone dicha voluntad cuando el difunto murió sin espresarla en debida forma. Así es que la herencia es *testamentaria* si se

confiere por testamento, y *legítima ó abintestato* si se confiere por la ley. (Proem. y ley 3, tit. 13, P. 6).

Al hablar de los herederos, volveremos á decir algo mas sobre la herencia.

De los herederos.

Se llama heredero al que sucede en los bienes del difunto, ó lo que es lo mismo, á la persona á quien toca la herencia del difunto; y como la herencia puede recaer por testamento y abintestato, de aquí es que la primera division de los herederos deberá ser en testamentarios y abintestato.

Herederos testamentarios.

Los herederos testamentarios son de dos maneras: *forzosos ó legítimos, y voluntarios*. Los primeros se llaman forzosos, porque tiene el testador que dejarles cierta parte de la herencia que designan las leyes, y pueden llamarse por lo mismo legítimos, bien que su nombre principal es el de *forzosos*. Los voluntarios son aquellos á quienes el testador puede llamar, ó á que disfruten toda la herencia si no existen herederos forzosos, ó solo una parte de ella, si existen estos últimos. Los herederos voluntarios pueden ser ó parientes

P. 34.

del testador ó estraños. Ya entre nosotros no tiene lugar la especie de herederos que se llamaban necesarios, y que eran ciertos esclavos. Establecida esta division que me parece ser la mas fácil de comprenderse, entremos en esplicaciones sobre estas clases de herederos testamentarios, para que luego pasemos á los herederos abintestato.

Hemos dicho que la primera clase de herederos testamentarios es la de los que se llaman forzosos ó legítimos. Pues bien; esta clase es de dos maneras, á saber: de herederos forzosos, descendientes en primer lugar, y de herederos forzosos ascendientes, en segundo lugar y á falta de los primeros.

El hombre puede en general disponer libremente de sus bienes; pero la ley le limita esta facultad en ciertos casos, y no quiere que el que tiene descendientes ó ascendientes pueda dar á otros deudos mas lejanos ó á estraños toda su fortuna, y desconocer así las obligaciones que le impone la naturaleza, á no ser que aquellos le hubiesen dado motivo para ello, pues solo entonces puede desheredarlos, como veremos despues.

Descendientes.

Examinaré por ahora quiénes son los herederos

forzosos de primera clase, es decir, los descendientes. Estos son de tres especies, á saber: 1.^ª Los que proceden de verdadero matrimonio. 2.^ª Los que fueron procreados durante el matrimonio, pero en el que resultó impedimento ignorado por ambos padres ó por uno de ellos. 3.^ª Los legítimos por subsiguiente matrimonio.

Estas tres especies tienen derecho segun la ley á todos los bienes de sus padres, menos en la quinta parte, de que pueden disponer libremente estos últimos, ya á favor de uno de los mismos hijos, ya á favor de algun otro pariente ó estraño; siendo de advertir aquí que se reputa como hijo legítimo el póstumo que es el que nace despues de muerto el padre, con tal que su madre lo dé á luz, cuando menos á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de ésta viva en su compañía, pues si nace entrado el oncenno mes del fallecimiento, aunque sea en un dia, ya no se reputa legítimo, y si en el sétimo ó noveno mes (L. 4, tít. 23, P. 4).

En cuanto á los descendientes de primera, segunda y tercera clase, si son hijos del testador, deberán suceder por cabezas, es decir, que la herencia se dividirá en tantas partes cuantos sean los hijos; y si son nietos del testador, sucederán por familias, es decir, que la herencia se dividirá

en tantas porciones, cuantas sean las familias de los hijos del testador que han muerto. Si concurren hijos y nietos del testador, los primeros sucederán por cabezas, y los segundos por familias ó estirpes.

Estos son los herederos forzosos de primera clase, es decir, los descendientes: pasemos á los de segunda clase, es decir, á los ascendientes.

Ascendientes.

Faltando los descendientes, son herederos forzosos los ascendientes, entendiéndose primeramente por tales los padres, con quienes ningun otro concurre, y así dividirán la herencia en dos partes iguales (L. 4, tít. 13, P. 6). Entre los ascendientes no se sucede por representación; así es que muerto uno de los padres, solo hereda el otro que sobrevive, con exclusion del abuelo de la otra línea (Gomez en la ley 6 de Toro núm. 5). Muertos los padres, suceden los abuelos de ambas líneas, debiéndose partir los bienes indistintamente en dos porciones iguales para el paterno y materno (El mismo); si de una parte existiere solo un abuelo y de la otra dos, aquel habrá la mitad de los bienes y éstos la otra (L. 4 citada y Gomez); y á falta de los abuelos, heredan los ascendientes

mas inmediatos que hubiere, sean de la línea que fueren (La misma l. 4).

Con respecto á los ascendientes, puede el testador disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, reservando precisamente para aquellos las otras dos terceras partes, y debiendo sacarse únicamente de aquella los gastos de entierro, formación de inventarios, mandas y legados (L. 1, tít. 8, lib. 5 R., 6 10, tít. 20, lib. 10 N.)

Los hermanos nunca son herederos forzosos (L. 2, tít. 7, P. 7), y cuando son instituidos, se entienden los que lo son de padre y madre, á menos que conste de otro modo la voluntad del testador.

Dijimos que habia dos clases de herederos forzosos: legítimos y voluntarios, y como ya consideramos los forzosos, que dividimos en descendientes y ascendientes, pasaremos ahora á considerar los herederos voluntarios.

Herederos voluntarios.

Se llaman herederos voluntarios aquellos á quienes el testador puede dejar todos sus bienes ó parte de ellos sin que se lo prohíba la ley. Así es que, por ejemplo, un testador que tenga herederos forzosos descendientes, podrá dejar, como dijimos, la quinta parte de sus bienes á una persona alle-

gada suya ó estraña, y ésta será un heredero voluntario; si tiene solo ascendientes, podrá dejar de la misma manera la tercera parte de sus bienes; y aquel á quien se la deje, será asimismo heredero voluntario, ya sea que fuere su pariente ó un estraño; y si el testador no tiene descendientes ni ascendientes, podrá dejar todos sus bienes á quien quiera, siendo el sucesor tambien heredero voluntario. (L. 1, tít. 5, lib. 4 del Fuero Juzgo; l. 1, tít. 6, lib. 3 Fuero Real, y leyes 1 y 8, tít. 20, lib. 10 Nov. Rec.)

Quienes no pueden ser herederos.

Para ser heredero se necesita no tener inhabilidad ó impedimento legal para ello, y esta capacidad se requiere en diversos tiempos en las dos clases de herederos, á saber: en el forzoso basta que haya capacidad al tiempo de la muerte del testador, aunque no la hubiese al de la institucion; en el voluntario en tres, que son el de la institucion, el de la muerte del testador, y el de la aceptacion de la herencia.

De esta capacidad carecen los apóstatas y herejes declarados por sentencia; el que á sabiendas se ha hecho bautizar dos veces, y los colegios, cofradías, ayuntamientos ó sociedades erigidas

contra derecho (LL. 4, tít. 3, P. 6, y 6 y 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 4 y 5, tít. 20, lib. 10 N.) Tampoco la tienen el traidor y sus hijos varones (Esta prohibicion que tenían para poder heredar en lo absoluto los hijos de traidor, no parece que puede tener lugar entre nosotros, supuesto el art. 146 de la Constitucion, que previene que la infamia no pase del delincuente, y el 147, que prohíbe la pena de confiscacion de bienes, de modo que podrán heredar hasta á su mismo padre); lo mismo que los que aconsejan ó auxilian la traicion (LL. 2, tít. 2, P. 7, y 2, 3 y 4, tít. 18, lib. 8 R.), y ninguno de éstos puede ser nombrado heredero, y siéndolo, es nulo el testamento. (En Méjico repito, no es así). Lo mismo sucede respecto del confesor del enfermo en su última enfermedad, su iglesia, convento, órden, parientes ó deudos, cuyo nombramiento anula el testamento, y condena al escribano que lo estendiere á la pena de privacion de oficio (Cédula de 18 de Agosto de 1771, que es el auto 3.º, tít. 10, lib. 5 de la R., ó L. 15, tít. 20, lib. 10 de la N., y cédulas de 22 de Diciembre de 1800, publicadas en 8 y 21 de Octubre y 9 de Noviembre de 1801, aunque éstas se contraen á prohibir las mandas á favor de los confesores, sus iglesias, etc.)

Los referidos tienen inhabilidad para suceder á

todo género de personas. Hay otros que solo la tienen para personas determinadas. Tales son los hijos ilegítimos respecto de sus padres. Se llaman ilegítimos los que no son habidos de matrimonio, y se distinguen en *naturales y espurios*. Los primeros son los procreados por hombre y mujer hábiles para contraer matrimonio, ya cuando los engendraron, ó ya al tiempo del nacimiento; y además, es necesario que el padre los reconozca por tales naturales, siempre que la mujer en quien los tuvo no viviese en su casa ó no hubiese sido una sola (L. 9, tít. 8, lib. 5 R., ó 1, tít. 5, lib. 10 N.) Respecto de estos hijos, tienen obligación los padres, abuelos y ascendientes de ambas líneas, de darles alimentos (LL. 1 y 2, tít. 15, y 5, tít. 19, P. 4, y 11 al fin del tít. 13, P. 6). Y por lo que hace á la sucesion hereditaria, podrán tener la de sus padres, siempre que éstos no tengan descendientes legítimos, aunque tengan ascendientes (L. 8, tít. 8, lib. 5 R., ó 6, tít. 20, lib. 10 N.); y si el padre no les mencionare en el testamento, deberán los herederos darles alimentos (L. 8, tít. 13, P. 6). Habiendo descendientes, solo podrán suceder á su padre en el quinto de los bienes (La misma ley 8 R., ó 6 N.)

Respecto de las madres, tienen los mismos derechos que hemos explicado, no solo los hijos na-

turales, sino tambien los espurios, como no sean de los prohibidos que proceden de punible y dañado ayuntamiento (L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.), de que vamos á hablar.

Bajo este nombre de espurios, que antes se aplicaba únicamente á los que no tenían padre conocido, se comprende en el día á todos los ilegítimos que no son naturales, y son los *adulterinos*, que proceden de hombre casado, ó de hombre y mujer casados; los *sacrilegos* de monja ó fraile profeso, ó de clérigo de órden sagrado; los *incestuosos* de parientes en cuarto grado canónico, si ellos lo sabian, y los *manceres* de prostitutas ó mujeres públicas. Todos estos son de dañado ayuntamiento; pero es además punible si la madre era casada, porque entonces incurre en la pena de muerte (L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.)

A excepcion de los sacrilegos, todos los espurios tienen derecho, ya por testamento, ya por intestado, para suceder á sus padres que tengan descendientes legítimos [en el quinto de sus bienes, sin que se les pueda mandar mas; pero los sacrilegos en nada pueden suceder, segun la L. 9 del tít. 8, lib. 5 de la Recop., que es la 1, tít. 5 del lib. 10 de la N., aunque por su disposicion no es de crear que se entiendan excluidos los alimentos. A las madres suceden como herederos forzosos,

menos los que proceden de ayuntamiento sacrilego, que nada pueden tener, ó de dañado y punible, que solo tendrán el quinto.

Del heredero condicional.

La institución de heredero puede hacerse puramente, ó bajo de condicion, á dia fijo, ó hasta cierto tiempo. Por condicion se entiende *una circunstancia por la cual se suspende la cosa, hasta realizarse algun acontecimiento incierto*; por lo que se ve que la de pretérito no es rigurosamente una condicion, sino solo en cuanto el suceso no ha llegado á nuestra noticia. La condicion es ó imposible, que es la que no puede existir, ya de derecho por contraria á las leyes, á las buenas costumbres ó á la piedad, ya de hecho, como hacer un monte de oro, ó ya por naturaleza, como tocar el cielo con la mano; ó posible, que es la que puede verificarse, y se distingue en tres clases, que son: potestativa, cuando su cumplimiento depende de la potestad del hombre; casual, que depende del acaso, y mista, que participa de ambas.

Puede ser tambien afirmativa, si su cumplimiento consiste en hacer algo, como: Pedro sea mi heredero si se casa; ó negativa, si es en no hacer,

como: Sea mi heredero si no se casa. La negativa tiene la singularidad de que no suspende la consecucion de la herencia, dando el nombrado caucion de que si en algun tiempo obrare contra la condicion, restituirá la herencia. A esta caucion llaman *Muciana* (L. 7, tít. 4 y 21, tít. 9, P. 6).

Para el arreglo de los testamentos condicionales, creemos oportuno insertar aquí las ocho reglas que fija el doctor Alvarez, y son:

1.ª Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legítima.

2.ª Cuando un padre mejora á su hijo en el quinto, tiene facultad de imponerle á su arbitrio los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que sean posibles y honestas (LL. 11, tít. 4, P. 6, y 17, tít. 1 de la misma).

3.ª En el tercio, por ser verdaderamente legítima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condicion (L. 11, tít. 6, lib. 5 R., ú 11, tít. 6, lib. 10 N.), aunque sí se les permite poner gravámen.

4.ª El heredero extraño debe cumplir cuales-

quiera condiciones posibles, y de lo contrario, no adquiere la herencia (L. 7, tít. 4, P. 6).

5.ª Si la condicion depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de éste no se puede cumplir, se tiene por cumplida (L. 14 del d. tít. 4)

6.ª La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta, á diferencia de los contratos, á los cuales los vicia (L. 3 del mismo).

7.ª La condicion perpleja, que llaman dudosa, y se verifica cuando no se puede entender su sentido, porque repugnan entre sí las palabras, hace inútil la institucion de heredero (L. 5 del mismo).

8.ª El heredero, antes de cumplir la condicion, no trasmite la herencia á sus herederos.

De la aceptacion de la herencia.

Como el heredero, si acepta la herencia, resulta obligado á todo lo que lo estaba el testador por sus deudas, para que no lo sea á mas de lo que alcance la herencia, las leyes le conceden dos beneficios, que son el derecho de deliberar y el de inventario.

El primero es un espacio de tiempo concedido por la ley al heredero, dentro del cual pueda in-

formarse, así del valor de la herencia, como del número de las deudas, y resolver si le trae provecho ó no el aceptarla (L. 1, tít. 4, P. 6). Los jueces pueden conceder hasta nueve meses, y la autoridad suprema un año, aunque si en menos tiempo se conjetura que pueden deliberar, solo se concederán cinco dias (L. 2 del mismo). Este beneficio es de poco uso por el siguiente.

Este es el de inventario, por el cual el heredero no resulta obligado á mas de lo que alcanza la herencia. Sobre el modo de formarlo, especies, solemnidades y demás concerniente á ello, hablaremos en el juicio de inventarios.

De las mejoras y del testamento inoficioso. Orígen de las mejoras y de la desheredacion.

Hemos dicho que si el testador tiene descendientes, tendrá que dejarles sus bienes en porciones iguales, pudiendo solo disponer de la quinta parte de la herencia á favor de la persona que le parezca conveniente, sea ó no su allegada; y que si solo tiene ascendientes, podrá disponer de la tercera parte de los bienes en esta forma indicada.

Pues bien; siendo el testador el jefe de su familia, y pudiendo suceder que algunos de los indi-

viduos de ella se hayan portado notablemente bien, y otros muy mal, la ley ha dejado al testador la facultad de conceder premios á sus herederos forzosos, ó de castigarlos severamente, ya sea aumentándoles las porciones que debian tocarles de la herencia con esas cantidades de que puede disponer libremente dicho testador, ó privándolos aun de esas porciones que la ley manda que se les entreguen, y que por eso tomen el nombre de legítimas. He aquí el origen de las mejoras, de la desheredacion y del testamento inoficioso.

De las mejoras.

Mejora se llama la aplicacion que suelen hacer los padres del quinto de sus bienes, de que pueden disponer libremente, á favor de alguno de sus hijos, ó del tercio, del que no pueden disponer sino en favor de algun hijo ó nieto. Se dice mejora, porque aquel á quien se aplica resulta en efecto mejorado respecto de sus coherederos, pues á mas de la parte que como á tal le corresponda, tendrá la quinta de todo el caudal, y la tercia si fuere en ambas.

Los ascendientes pueden tambien ser mejorados por sus descendientes; pero solo en el tercio, que es del que éstos pueden disponer, de modo que

los padres pueden disponer del quinto libremente, y del tercio solo en favor de hijo ó nieto, y por eso pueden hacer mejora en tercio y quinto; mas los hijos solo pueden hacerla en tercio.

Las mejoras pueden hacerse en testamento ó por contrato entre vivos, revocables en los términos en que lo son los testamentos ó donaciones perfectas (L. 1, tít. 6, lib. 5 R., ó 1, tít. 6, lib. 10 N.) Mas debe notarse que el padre no puede dar ni prometer por via de dote ó de casamiento á su hija el tercio ó quinto de sus bienes, ni ella entenderse mejorada tácita ó espresamente por ninguna especie de contrato entre vivos (L. 1, tít. 2, lib. 5 R., ó 6, tít. 3, lib. 10 N.) Pero no está prohibido á los padres mejorar á las hijas en testamento, siempre que no sea con respecto á la dote.

Si la mejora es del quinto, se entienda deducidos los gastos, mandas y legados; y siendo de tercio y quinto, deberá sacarse primero el quinto y despues el tercio, como espresamente lo previene una ley del Estilo (L. 214 del Estilo), aunque algunos autores le ponen ciertas limitaciones (Gomez en la ley 17 de Toro núm. 2; Angulo de Mejorad, ley 9, glos. núm. 45, Paz id Stil.)

Para sacar las mejoras se han de regular los bienes por el valor que tenían al tiempo del falle

cimiento del testador, y no al del en que fueron hechas (L. 7 d. tít. 6, lib. 5 R., ó 7, tít. 6, lib. 10 N.), y por eso no se sacan de las dotes ni de otras donaciones que los hijos traen á colacion, porque ya no estaban en el patrimonio del padre. (L. 9 del mismo).

Si el padre hiciere á alguno de sus hijos alguna donacion simple, se entiende que lo mejora, aunque no lo espresé, y se aplica primero al tercio, despues al quinto, y lo que sobre á la legítima (L. 10 del mismo). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto; y si aun escede, es inoficiosa en cuanto al exceso, que deberá restituirse á los demás interesados. (L. 3, tít. 3, lib. 5 R., ó 5, tít. 3, lib. 10 N. y Azeved. sobre la misma n. 26, y Covar. in cap. Rainald. § 2, n. 26).

Las dotes no pueden reputarse como mejoras; pero si las donaciones *propter nuptias* que los padres suelen hacer á sus hijos varones; pero éstas si esceden de lo que pudiera corresponderles por via de mejoras y legítimas, son inoficiosas y aquellas no, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tuvieran al tiempo en que se constituyeron ó al del fallecimiento del

padre, segun escojan las mismas hijas. (La misma L. 3 ó 5).

La mejora puede hacerse por el padre, señalando cosa cierta ó parte determinada de la herencia, con tal que su valor no esceda del importe del quinto ó tercio, segun fuere la mejora (L. 3, tít. 6, lib. 5 R., ó 3, tít. 6, lib. 10 N.), y deberá entregarse al mejorado por los herederos, sin que puedan hacerlo del valor de la cosa en vez de ella sino en el caso de que no pueda dividirse. (L. 4 del mismo tít. y lib. R., ó 4, tít. y lib. N.), mas esta facultad no puede cometerse á otro (L. 3 cit. en el n. I.)

Para la mejor inteligencia de lo dicho en este §, queremos poner tres ejemplos que lo aclaren. 1.º Un padre dejó tres hijos: Pedro, Juan y Diego. A Pedro lo mejoró en el tercio y á Juan en el quinto. Testó 1.700 pesos, debia 200, legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Primero se pagan las deudas, y queda de caudal la cantidad de 1.500. Se sacará el quinto que son 300, de los que se pagará el legado y entierro, que son 150, y el resto que es otro tanto, se entregará á Juan por su mejora. Habian quedado 1.200, de los que se sacará el tercio que son 400, que se entregarán á Pedro como mejorado, y el remanente se dividirá en tres porciones iguales para los tres hijos.
P. 35.

jos. 2.º Supongamos que el mismo padre á mas de lo dicho, tuvo una hija á la que dió 400 de dote, el quinto y el tercio serán los mismos, como que no se han de sacar de los 400 dotados; pero estos se agregarán á los 800 restantes despues de sacados el quinto y el tercio, y resultarán un total de 1.200, que deberá partirse en cuatro partes iguales, que son 300 para cada uno de los cuatro hijos; mas como la hija tenia recibidos 400, deberá restituir 100, porque en el exceso es inoficiosa la dote, aunque podrá escoger el tiempo en que le fué dada, si en él eran mayores los bienes de su padre, de modo que la cubriesen, y en ese caso se repartirán entre los tres hermanos los 800 del residuo. 3.º Supongamos el mismo padre con los mismos tres hijos y el mismo caudal; pero que habia hecho á Pedro una donacion simple de.. 1.000 pesos, y á Juan otra por causa de 300. Pues como las mejoras solo se sacan del caudal existente al tiempo de la muerte, el cual hemos dicho que eran 1.500, resulta que el tercio y quinto importan los mismos 700, estos se aplicarán á Pedro, por la mejora de tercio y quinto que se le supone en virtud de la donacion simple, y se acumularán al remanente de 800 los 500 que importan las dos donaciones, resultando entonces un total divisible de 2.100, que se repartirá en tres por-

ciones iguales de á 700 pesos para los tres hermanos. Será entonces el haber de Pedro con mejoras y legítima, 1.400; tenia recibidos 1.000, se le entregarán 400. Juan tenia recibidos por su donacion 300, solo le corresponden de legítima 700, se le entregarán 400, y á Diego se le entregarán íntegros los 700 de su legítima.

Lo dicho hasta aquí da bastante idea de lo que conviene tener presente para dividir entre los hijos una herencia paterna: resta solo explicarse lo que debe traerse á colacion y particion. Como los padres suelen en vida hacer á sus hijos algunas donaciones y erogar en ellos ciertos gastos, el importe de algunos de éstos se agrega al caudal existente al tiempo de la muerte, y del total se hace la particion, deduciéndose al que lo ha recibido de la porcion hereditaria ó legítima que le corresponda, y esto es lo que quiere decir *traer á colacion y particion*. Es claro que las mejoras no deben traerse, pues esto está establecido para guardar la igualdad que aquellas destruyen como hemos notado. Mas sí se deben traer las dotes, donaciones *propter nuptias* ú otra cosa, aunque si los hijos que las recibieron se quisieren apartar de la herencia, podrán hacerlo; y entonces, sin traerlas á colacion, se juzgan pagados de su legítima con lo que han recibido, á menos que sean

inoficiosas, esto es, que excedan á lo que debieran percibir, pues en ese caso deberán devolver el exceso (L. 3, tít. 8, l. 5 R., ó 5, tít. 3, lib. 10 N.) Debe igualmente traerse á colacion el peculio profecticio (L. 3, tít. 15, P. 6); pero no el castrense, quasi castrense ni adventicio, pues éstos quedan libres por el fallecimiento del padre, al hijo de quien son, sin derecho alguno de sus hermanos (L. 5, d. tít. y P.)

Tampoco hay obligacion de traer á colacion lo gastado por el padre en dar estudios al hijo y en los libros necesarios para ello; aunque algunos autores quieren que esto se compute por cuenta de las mejoras; mas Sala cree esta opinion contraria á la ley de Partida; que dice: *Non gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion.* El mismo autor es de opinion que no deben llevarse á colacion los gastos erogados de universidad, y en otras condecoraciones que no tienen sueldos ni otros frutos (Sala, ilustracion del derecho real, lib. 2, tít. 6, n. 11).

De la desheredacion.

La desheredacion es un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos (L. 1, tít. 7,

P. 6). Solo puede desheredar el que es capaz de testar, tiene herederos forzosos y causas para ello (L. 2 del mismo tít. y P.) La desheredacion debe hacerse nombrando al que se deshereda, ó dando de él señales ciertas que no dejen duda, sin condicion, y del total de los bienes, pues de otro modo no vale (L. 3 del mismo tít. y P.) Para que valga la de los descendientes, no solo se ha de expresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido (L. 7, tít. 8, P. 6); mas no es necesario esto si el heredero consiente tácita ó espresamente en la desheredacion, en cuyo caso no puede reclamarla, ni debe ser oido en juicio (L. 6, tít. 8, P. 6). Y si el testamento en que se hizo se anula ó rompe, no vale tampoco la desheredacion hecha en él (L. 2, tít. 7, P. 5).

Los padres pueden desheredar á sus descendientes por diez causas: 1.^a Porque les hayan puesto las manos airadas, maquinando su muerte de cualquier modo, procurando que pierdan ó se menoscabe en gran parte su hacienda, ó acusándolos de delito por el que debieran morir ó ser desterrados, aunque si el delito es de traicion y fué probado, no tiene lugar la desheredacion (L. 4, tít. 7, P. 6). 2.^a Por infamarlos, de modo que valgan menos, ó tener acceso con la madrastra ó amiga, sabiendo que lo es. 3.^a Por ser hechi-

ceros ó vivir con los que lo son (La misma ley 4).
4.º Por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prision, aunque esta causa no comprende á las mujeres, que no pueden ser fiadoras (Dicha ley 4). 5.º Por impedirles que testen. 6.º Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad del padre, ó hacerse cómico de profesion no siéndolo éste. 7.º Cuando la hija resista casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo difiere hasta la edad de veinticinco años, pasados éstos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla (L. 5, tít. 7, P. 6). 8.º Cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, pues si muere intestado, deba llevar el extraño que lo haya recogido todos sus bienes, y si recobra su juicio puede desheredarlos; y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si muere estando loco en casa del extraño, no vale la institucion (La misma ley 5). 9.º Por no redimir, pudiendo, á sus ascendientes cautivos; mas para incurrir en esta pena, el heredero debe ser mayor de diez y ocho años (L. 6 del d. tít. y P.) 10.º Si los descendientes de cristianos se hacen herejes ó moros, permaneciendo católicos

sus ascendientes (L. 7 del d. tít. y P.) El matrimonio clandestino declarado por la autoridad eclesiástica era causa para la desheredacion (L. 1, tít. 1, lib. 5 R., ó 5, tít. 2, lib. 10 N.); mas como en el dia son nulos por el Concilio de Trento, se duda de esta causa.

Las causas porque los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes, son ocho, á saber: 1.º Por acusarlos de delito que merezca pena de muerte ó destierro, excepto el de traicion. 2.º Por maquinár su muerte con yerbas, veneno, etc. 3.º Por tener acceso carnal con la mujer ó amiga de alguno de ellos. 4.º Por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. 5.º Por solicitar el marido la muerte de la mujer, ó al contrario. 6.º Por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. 7.º Por no redimirlos de cautiverio, pudiendo. 8.º Cuando el ascendiente es hereje y el descendiente católico. Probada cualquiera de estas causas, puede el descendiente desheredar á su ascendiente, y vale la desheredacion (L. 11, tít. 7, P. 6).

Los hermanos, aunque no son herederos forzosos, tienen derecho para anular la institucion hecha por el hermano, si éste les antepone una persona torpe ó infame; y este derecho lo pierde en tres casos: 1.º Por procurar la muerte del hermano.

2.º Por acusarlo de delito por el que merezca pena de muerte ó mutilacion. 3.º Si le ha causado la pérdida de todos ó de la mayor parte de sus bienes (L. 12, tít. 7, P. 6.)

Por último, el heredero extraño pierde la herencia del que la instituyó, en seis casos: 1.º Cuando el testador fué muerto por obra ó consejo de su compañía, y el heredero sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años. 2.º Si abre el testamento antes de acusar á los delinquentes, estando cerciorado de quiénes lo son. 3.º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.º Por haber tenido éste acceso carnal con la mujer de aquel. 5.º Por decir de nulidad del testamento, pues si se da clarare legitimo, perderá la herencia. 6.º Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole la incapacidad. Por estas causas pierde tambien el legatario su legado (LL. 13, tít. 7, P. 6, y 11; tít. 8, lib. 5 R., á H, tít. 20, lib. 10 N.)

Del testamento inoficioso.

Contra el testamento en que hay desheredacion,

siendo válido, conceden las leyes una accion que se llama de *inoficioso testamento*, y es por la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre, y con espresion de causa legitima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido por el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.

Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los officios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y así no será necesaria: 1.º Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure* nula la institucion de heredero (L. 1, tít. 8, P. 6). 2.º Tampoco será necesario al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legitima (L. 5, tít. 8, P. 6). De que se infiere que solo tendrá lugar cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente (LL. 1 y 4 del mismo tít. y P.)

Esta accion no se da á todos los parientes del

testador, sino solo á los descendientes y ascendientes, que son los que tienen derecho á la legítima, comprendiéndose entre estos los hijos naturales y no de punible ayuntamiento, respecto de la madre, á quienes compete la accion aun quando tenga ascendientes legítimos (L. 5 de Toro. L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.); mas tambien la tienen los hermanos en el caso de que el hermano instituya con preferencia á ellos á alguna persona torpe ó de mala fama (LL. 2 y 3, tít. 8, P. 6).

El efecto de esta accion es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho y en la parte correspondiente, quedando todo lo demás del testamento en su vigor (L. 7 del mismo tít. y P.), como son mejoras, legados, fideicomisos, nombramiento de tutor, etc.

Cesa esta accion: 1.º Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este es subsidiario; y 2.º siempre que se consiente en la desheredacion expresa ó tácitamente (L. 6, tít. 8, P. 6), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo quisiera quejarse, no debe ser oido, á menos que sea menor, que entonces podrá hacerlo hasta cuatro años despues de cumplidos los veinticinco.

De la sustitucion de heredero.

La sustitucion en general es nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte, ó no lo sea el primero. (L. 1, tít. 5, P. 6). Puede ser directa y oblicua ó fideicomisaria: la primera es la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto, sin intervencion de otro; y la otra es la que se hace por palabras de ruego y da la herencia por mano de otro.

La sustitucion se divide en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria. Vulgar es la que puede hacer cualquiera testador al heredero que instituye para el caso que no llegue á serlo (La misma ley.) Se llama vulgar porque la puede hacer cualquiera testador; y para que el sustituido en ella entre en la herencia, lo mismo es que el heredero no quiera, que el que no pueda aceptarla (L. 2, tít. 5, P. 6). Es expresa cuando el testador dice: *Nombro por mi heredero á Pedro; y si éste no lo fuere, lo será Juan;* y tácita, cuando nombra á varios para que lo herede el que sobreviva. Si al tiempo del fallecimiento viven dos ó mas, parti-

rán la herencia en partes iguales, y si uno solo, ese la llevará toda (D. L. 2).

Pueden ser sustituidos los que pueden ser instituidos, así como los inhábiles para ser herederos lo son también para ser sustitutos. Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y al contrario, y el sustituto se entiende llamado á la misma parte á que lo era el heredero; de modo que si un testador nombra tres herederos, uno en la quinta parte, otro en la sesta y otro en la octava de sus bienes, sustituyéndoles tres en el mismo orden, ninguno de éstos entrará sino en la parte que correspondía á aquel á quien se sustituyó (L. 3, tít. 5, P. 6.)

La sustitucion vulgar se acaba si el sustituto muere antes que el testador, ó si el heredero acepta la herencia.

La pupilar es la que hace el padre de familias, á sus hijos impúberes que se hallan en su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á la pubertad (LL. 1 y 5 d. tít. y P.) Esta se distingue de la vulgar: 1.º en que pueden sustituir vulgarmente todos los testadores, y pupilarmente solo los padres de familia: 2.º en que vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos, y pupilarmente solo á los hijos impúberes: 3.º que en la vulgar se sustituye

ye para un caso negativo, esto es, si el instituido no hereda, y en la pupilar para un afirmativo, esto es, si el hijo fuere heredero y muriese antes de la pubertad (LL. 1 y sig., tít. 5, P. 6).

De esta nocion de la sustitucion pupilar se infieren tres axiomas: 1.º El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad. 2.º La causa de ello es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad. 3.º Cuando se sustituye pupilarmente, hay dos testamentos, no en cuanto á las solemnidades, sino en cuanto á la sustitucion de heredero, que es doble (L. 7 del mismo).

Del primero se infiere: 1.º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, porque nunca tiene á los hijos en su potestad (L. 2, tít. 17, P. 4). 2.º Que ni el padre puede respecto de los emancipados (L. 15, tít. 18, P. 4). 3.º Que tampoco puede el abuelo, que no tiene patria potestad sobre los nietos (L. 8, tít. 1, lib. 5 R., ó 3, tít. 5, lib. 10 N). 4.º Que puede el padre respecto del hijo desheredado (L. 6, tít. 5, P. 6); y 5.º Que la sustitucion acaba por la emancipacion, sin necesidad de prueba.

Del segundo axioma resulta que no se puede sustituir al hijo, sino para el tiempo que le reste hasta cumplir la edad, que son eatorce años en los hombres y doce en las mujeres, y cumplida

ésta, acaba desde luego la sustitucion. Y por último, del tercero, que el padre no puede hacer sustitucion sin hacer testamento para sí, y el sustituto recibe todos los bienes del hijo por cualquiera línea que le vengan, aun cuando tenga madre, á quien en opinion de algunos escluye el sustituto (Greg. López, sobre la l. 5, tít. 5, P. 6, y Febrero reform. P. 1, c. 5, § 3, núm. 90), fundados en la razon de que esta sustitucion es parte del testamento del padre, que no tiene obligacion de dejar nada á su mujer, madre de su hijo, sino en caso de necesidad (Cap. 1 de test. in 6); pero quieren que la sustitucion sea expresa, pues siendo tácita incluída en la vulgar, no queda escrita la madre (Salm. tr. 14, c. 5, núm. 115).

Si el testamento se anula, queda sin efecto la sustitucion, y tambien se acaba saliendo el hijo de la patria potestad, cumpliendo la edad, renunciando la herencia ó muriendo el sustituto.

La ejemplar es la que hacen los ascendientes á sus descendientes fátuos, locos ó desmemoriados, aunque sean mayores de veinticinco años, no por falta de edad para testar, sino por la del uso de su entendimiento (L. 10, tít. 5, P. 6). Como el fundamento de esta es la necesidad, pueden hacerla el padre, la madre y los abuelos á sus descendientes legítimos, estén ó no en su poder, casados ó

emancipados; y la madre puede hacerlo con los naturales cuando los debe dejar por herederos.

Se llama ejemplar, porque le sirve como de modelo la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero á Pedro, mi hijo legítimo; y si muriere en la locura que padece, será su heredero Juan su hermano; y éste lo heredará en efecto en tal caso* (L. 11, tít. 5, P. 6).

En esta sustitucion se han de llamar los sustitutos precisamente en este orden: los hijos del loco ó fátuo; á falta de ellos los nietos y demás descendientes por su orden y grado. Faltando éstos, algunos autores quieren que se nombre un hermano (Sala en sus notas á Vinnio, en la nota de derecho de España puesta á este título, § 1, n. 9), (Febrero reformado, P. 1, cap. 5, § número 393), y en su defecto un extraño (Esto indica que aun en la sustitucion ejemplar se pretende que quede escluida la madre, pues no se le llama en el orden de los sustitutos; pero si se duda en la pupilar, no obstante el fundamento de la patria potestad, con mayor razon debe sostenerse que no cabe en la ejemplar, que carece de aquel fundamento. A esta opinion se inclina Alvarez, juzgando que debe observarse la ley 6 de Toro, y tenérse por derogada la II, tít. 5, P. 6, y

remitiéndose á Gregorio López sobre d. 1, y á Covar. de testam.)

Se acaba esta sustitucion ejemplar por recobrar el fátuo el juicio, porque le nazca algun hijo, ó porque la reveque el que la hizo.

La compendiosa es la que comprende diversas sustituciones, tiempos y casos; y por ella se adquiere la herencia por cualquier modo que haya lugar; v. g.: *Instituyo á mi hijo Fernando por mi heredero, y en cualquier tiempo que muera, le sustituyo á Fernando.* En este caso, si el hijo no fuere heredero, tiene lugar la sustitucion vulgar: si era menor y murió antes de la pubertad, entra la pupilar; si era loco ó fátuo, la ejemplar. Como esta sustitucion comprende á la pupilar, solo la puede hacer el padre (L. 12, tít. 5, P. 6).

La recíproca, que tambien llaman brevilocua, es cuando se nombran muchos herederos, y se sustituyen unos á otros; como v. g.: *Instituyo y nombro por mis herederos á Pedro, á Juan y á Francisco, y los sustituyo ad invicem, para que unos entren en el lugar de los otros.*

Ultimamente, la fideicomisaria es cuando el testador encarga al heredero que nombra que restituya ó entregue á otro su herencia. Antiguamente se podia obligar al heredero nombrado á acep-

tar la herencia, para que el testador no muriere parte testado y parte intestado; mas despues de la ley 1, tít. 4, lib. 5 de la R., que declaró que la falta de institucion de heredero no anula el testamento, no es ya necesario esto, y si el heredero no acepta ó renuncia, entrará el sustituto (L. 14, tít. 5, P. 6).

Si el testador rogase á alguno que despues de su muerte restituyese la herencia á otro, y el rogado profesase en religion capaz de sucesion hereditaria, gozaria la religion de la herencia hasta la muerte natural del heredero rogado, ó hasta el tiempo señalado para la restitucion (L. 1, tít. 4, lib. 5 R., ó 1, tít. 18, lib. 10 N.)

El padre puede dejar la herencia á otro con intencion, pero sin pacto de que la restituya por via de fideicomiso á su hijo espurio. Algunos autores dicen que se lo puede significar así el heredero, y aun rogárselo especialmente, pero no obligarlo á ello; y si el heredero diere palabra de hacerlo, estará obligado á cumplirla á lo menos por fidelidad (Salm. tr. 14, cap. 15, n. 66).

De la cuarta trebellánica.

Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad se es-

tableció que en premio de su trabajo y de la restitución de la herencia tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, y la que se llama *cuarta trebeliánica*. Para computarla, debe el heredero traer á cuenta la que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la tuvo en su poder (L. 8, tít. 11, P. 6). Si éstos equivalen á la cuarta parte, restituirá la herencia íntegra; y si no, tomará de ella lo necesario para completar aquella (L. 8, tít. 11, P. 6). Pero si los frutos importaren mas; si el testador le señaló día para la restitución y el heredero la verificó, hace suyos los percibidos hasta ese día, aunque escedan de la cuarta; pero si no le señaló día y él fué moroso en hacer la entrega, debe restituir el exceso (D. ley 8).

No tiene lugar la cuarta trebeliánica en el testamento del soldado: si el testador prohíbe que se saque; si el heredero restituye toda la herencia por ignorancia; si no hizo inventario, y por último, si no quiere aceptarla (L. 1, tít. 4, lib. 5 R., ó 1, tít. 18, lib. 10 N.)

Habiendo ya hablado de los herederos testamentarios que dividi en forzosos y voluntarios, y habiendo explicado también todo lo relativo á mejoras, de heredación y sustitución, cuyas materias se refieren á los herederos forzosos, pondré aquí

un cuadro sinóptico que abrace el orden de suceder correspondiente á los herederos testamentarios, pasando en seguida á hablar de los herederos abintestato.

ORDEN DE SUCESION.

HEREDEROS TESTAMENTARIOS		
FORZOSOS		VOLUNTARIOS
Primer lugar.	Segundo lugar.	Tercer lugar.
Los descendientes	Los ascendientes	Pueden ser parientes del testador ó extraño
Toda la herencia menos el 5º	Toda la herencia menos el 3º	El 5º ó el 3º de la herencia, menos las cargas y gastos.
Juan	Joan.	
Hijo.	Padre	
Nieto	Abuelo.	
Bisnieto	Bisabuelo	
Trasnieto.	Trasabuelo.	
A lo infinito.		Si el testador no tiene descendientes ni ascendientes, los herederos voluntarios podrán llevar toda la herencia menos las cargas y gastos
Los hijos heredan por cabezas, y de los nietos por familias, no teniendo efecto de sus n.	Escauto en la línea masculina que llama á su hijo antes de sus ascendientes, no tal que no sea	

De los herederos abintestato.

Dijimos que habia dos clases de herederos, testamentarios y abintestato; y como ya vimos quiénes son los testamentarios, pasemos á ver qué se entiende por herederos abintestato.

La ley previó el caso de que un padre de familia muriese sin testamento, ya por acaecer la muerte repentinamente y sin tiempo para disponerse, ó ya por no haber testado por descuido, y previno quiénes deben heredar al difunto en tales casos, y en qué proporciones. A estos herederos se llama tambien propiamente legítimos, porque los designa la ley, y abintestato porque heredan sin testamento.

Hay, pues, herederos abintestato:

- 1.º Cuando el difunto murió sin hacer testamento.
- 2.º Cuando, aunque lo hizo, no guardó las formalidades requeridas por el derecho.
- 3.º Cuando despues de haberlo hecho legalmente, se anuló el testamento, ó se revocó, ó rescindió, ó quedó sin efecto por alguna razon, á lo menos en cuanto á la institucion de heredero.
- 4.º Cuando habiendo hecho testamento en de-

bida forma, omitió en él la institucion de heredero.

5.º Cuando habiendo hecho testamento y nombrado heredero, éste no quiere aceptar la herencia, ó por causa de incapacidad no puede recibirla, ó es privado de ella por indignidad (L. 1, tít. 13, P. 6, y l. 1, tít. 18, lib. 10 Nov. Rec.)

No habiendo, pues, ó faltando el heredero testamentario, quiere la ley que perciban la herencia por el órden y segun las leyes que en seguida se espresan, las personas siguientes:

- 1.º Los descendientes.
- 2.º Los ascendientes.
- 3.º Los colaterales hasta el cuarto grado.
- 4.º El fisco.

*Primer órden de herederos abintestato.—
Los descendientes.*

Por descendientes se entienden: 1.º los hijos legítimos, bajo cuyo nombre se comprenden los hijos, nietos, biznietos y demás que desciendan legítimamente, llamándose á los primeros *hijos de primer grado*, y á los otros, *hijos de grados ulteriores*: 2.º los legitimados: 3.º los adoptivos; y 4.º los ilegítimos.

Los hijos legítimos suceden todos indistinta-

mente á sus padres, con exclusion de otros cualesquiera parientes (L. 3, tít. 13, P. 6.), sin diferencia de grados; pues el nieto y biznieto son llamados lo mismo que el hijo, con tal que no tengan padre que esté mas inmediato que ellos; sin distincion de sexos, pues lo mismo suceden los hombres que las mujeres, y estén ó no emancipados: como igualmente los póstumos, siendo nacidos en el término y con los requisitos legales (Los requisitos legales, que ya se han explicado en otra parte, son: nacer vivo, vivir veinticuatro horas, ser bautizado, y nacer antes de comenzarse el oncenno mes del fallecimiento del marido. (L. 8, tít. 8, lib. 5 R., ó 6, tít. 20, lib. 10 N).

Aunque en el llamamiento á la sucesion de los padres no hay diferencia de grados en los hijos, si concurren de diversos, no tienen iguales partes; por lo que conviene tener presente lo que se dijo en el § V de la sucesion por cabezas y por familias, y distinguir tres casos: 1.º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas*, esto es, á todos corresponden partes iguales. 2.º *Si solo hay hijos de los grados ulteriores, todos suceden por linajes ó familia*, esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean los hijos representados por éstos, sin consideracion al número de nietos ó biznietos que los representan.

3.º *Si concurren hijos del primer grado y de los ulteriores, los del primero suceden por cabezas y los de los otros por linajes*; esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean aquellos y los representados por éstos. Así es que si un padre deja dos hijos, sus bienes se dividirán en dos partes iguales, de las que se dará una á cada uno, pues suceden *por cabezas*. Si en lugar de los hijos, deja un nieto de uno y dos de otro, se harán dos partes, de las que se dará una al nieto único que representa á su padre, y la otra subdividida en dos, será para los otros dos, siendo la sucesion *por familias*. Si deja un hijo y tres nietos de otro, éstos llevarán juntos igual porcion á la que lleve aquel, mas la dividirán entre sí en partes iguales, y en este caso hay sucesion *por cabeza y por familia*.

Los legitimados pueden serlo ó por subsiguiente matrimonio, ó por decreto de la autoridad suprema, que antes era rescripto del príncipe, y en el dia es decreto del cuerpo legislativo: *si lo son por subsiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos* (L. L. 1, tít. 13, P. 4 y 10, tít. 8, lib. 5 R., ó 7, tít. 20, lib. 10 N.); pero si lo son por rescripto, es necesario distinguir si la legitimacion es para suceder ó no: en este segundo caso nada recibirán, mas en el primero sucederán,

si no hay legítimos ó legitimados por matrimonio, que habiéndolos, no pueden concurrir con ellos á la herencia de sus padres, madres y demás ascendientes (La d. l. 10 de la R., ó 7 de la N.)

Adoptivos se llaman los que lo son por adopción, y es esta de dos maneras: ó se hace de un hombre libre de la potestad paterna y con autoridad suprema, y entonces se llama de *adrogado*, ó de un hijo de familia y con autoridad judicial, y entonces es *adoptivo* propiamente. Los adrogados suceden en la cuarta parte de los bienes del adrogante, y los adoptivos en todos los del adoptante (LL. 8, 9 y 10, tít. 16, P. 4), si ni uno ni otro tienen hijos legítimos, pues teniéndolos, no suceden en nada (LL. 5, tít. 6, lib. 3, y 1 y 5, tít. 22, lib. 4 del Fuero Real).

Los legítimos, si son naturales, suceden al padre que no tiene hijos legítimos, en el quinto (Feb. reform. P. 1, c. 5, § n. 70, que cita en su apoyo la ley 8, tít. 8, lib. 5 R., ó 6, tít. 20, lib. 10 N.) Esta ley previene que el padre ó la madre no puedan mandar por vía de alimentos á sus hijos ilegítimos mas de la quinta parte de sus bienes, y que el padre, no teniendo descendientes legítimos y siendo el hijo natural, pueda dejarle todos sus bienes, aunque tenga descendientes. Febrero, fundado en ella, asienta en este lugar, que los hi-

jos naturales, no habiendo legítimos, suceden en el quinto y no en el sexto, como prevenia la 1, tít. 13 P.; mas si son espúrios en nada suceden, aunque así á estos como á aquellos, en el caso de que haya legítimos, parece equitativo que se les den alimentos del quinto de los bienes de que pudo disponer el padre si hubiera hecho testamento. A la madre, no teniendo legítimos, suceden en todos sus bienes, no solo los naturales, sino tambien los espúrios, con tal que no sean sacrilegos ni de dañado y punible ayuntamiento (L. 7, tít. 8, lib. 5 R., ó 5, tít. 20, lib. 10 N.)

Segundo orden de herederos abintestato.—

Los ascendientes.

No habiendo descendientes, suceden los ascendientes sin limitacion de grados y con exclusion de los parientes colaterales; mas como en los ascendientes no tiene lugar el derecho de representacion, debe observarse la regla siguiente: En la sucesion por intestado, los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre sí la herencia por cabezas; y si de distintas, la dividen por líneas (LL. 4, tít. 13, P. 6, y 1, tít. 8, lib. 5 R., ó 1, tít. 20, lib. 10 N.) Por ejemplo, si el intestado deja abuelo de una parte y bisabuelo de la otra, solo

aquel heredará, porque el mas cercano excluye al mas remoto: si concurren dos abuelos de una parte y dos de otra, partirán la herencia por igual; y siendo uno de una parte y dos por la otra, no se dividirá por tercias partes, sino que el uno llevará una mitad y los otros dos la otra (L. 4, tít. 13, P. 6). Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente por mitad para cada línea; á no ser que haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el descendiente intestado (Alvarez, lib. 3, tít. 1, con remision á las LL. 4, tít. 13, P. 6, y 1, tít. 8, lib. 5 R., ó 1, tít. 20, lib. 10 N.) Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espúrios á sus padres, madres y demás ascendientes (L. 8, al fin, tít. 13, P. 6); pero esto no se entiende de los adoptivos, pues de éstos no son herederos por intestado los padres adoptantes (L. 5, tít. 22, lib. 4 Fuero Real).

Tercer orden de herederos abintestato.—

Los colaterales.

A falta de descendientes y ascendientes, entran

en la sucesion del intestado sus parientes colaterales. Estos pueden ser legítimos ó naturales. Para los primeros deberán guardarse las reglas siguientes: 1^a Los hermanos enteros, sean varones ó mujeres, y sus hijos, excluyen á todos los demás colaterales, y suceden los hermanos por cabezas, y los hijos de éstos por familias (L. 5, tít. 8, lib. 5 R., ó 2, tít. 20, lib. 10 N., y 5, tít. 13, P. 6). 2^a Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia del tio (La misma ley 5, tít. 13, P. 6, y 13, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real). 3^a Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, éstos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de madre, los maternos (LL. 5 y 6, tít. 13, P. 6); y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio, ó de otro cualquier modo (D. L. 6).

Para el caso de que ó el difunto ó sus parientes sean naturales, se observarán las siguientes: 1^a Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos

de éstos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente (L. 12, tít. 13, P. 6). 2ª Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, serán sus herederos como parientes mas cercanos; pero si entre éstos hubiere alguno legítimo, éste solo será preferente á todos (L. 12, tít. 13, P. 6, en la que fundan algunos que preferirá aun á los hermanos de madre). 3ª Si un legítimo muere sin dejar parientes legítimos, sino solo naturales, le herederá los que sean de parte de madre, y los de parte de padre serán escludos (La misma).

Esta sucesion entre colaterales no pasa de cuarto grado (LL. 3, tít. 9, y 9, tít. 10, lib. 1 R., ó 3, tít. 20, lib. 10, y 1, tít. 11, lib. 2 N., que parecen derogatorias de la 6, tít. 13, P. 6), aunque no faltan autores que intenten sostener que se estiende aun hasta el décimo, como en las Partidas (Es dudoso si estos grados deben contarse por derecho canónico ó civil. *Nota de Alvarez*).

*Cuarto orden de herederos abintestato.—
El fisco.*

A falta de parientes hasta el cuarto grado, la herencia pasará al fisco, segun lo prevenido por la real instruccion de 27 de Noviembre de 1785 y

de 26 de Agosto de 1786, inserta en la ley 6, tít. 32, lib. 10. N., sin que tenga lugar ya la sucesion de la mujer al marido, ni de éste á su mujer (L. 12, tít. 8, lib. 5 R., ó ley 1, tít. 22, lib. 10 N., y el art. 7 de la instr. de 26 de Agosto).

Examinada ya la materia de herederos abintestato, pondré aquí un cuadro sinóptico del orden de sucesion abintestato para que se comprenda mejor.

ORDEN DE SUCESION.

HEREDEROS ABINTESTATO.			
PRIMER lugar.	SEGUNDO lugar.	TERCER lugar.	CUARTO lugar.
Los descendientes.	Los ascendientes.	Los colaterales hasta el 4º grado.	El fisco.
—	—	—	—
Toda la herencia menos las cargas y gastos.	Toda la herencia menos las cargas y gastos.	Toda la herencia menos las cargas y gastos.	Toda la herencia, menos las cargas y gastos.
Los hijos suceden por cabezas y los nietos por familias, á falta de sus padres.	Los mas cercanos excluyen á los mas remotos.		

¿Qué herederos deben pagar el seis por ciento al fisco?

Menos los herederos forzosos, es decir, los descendientes y ascendientes, todos los demás, aunque se llamen legatarios, deberán pagar al fondo de instrucción pública el seis por ciento del importe de la herencia ó legado, en virtud de la ley de 18 de Agosto de 1843; y para que este pago se haga efectivo, se mandó por la ley de 14 de Julio de 1854, que las personas que bajo cualquier título se hagan cargo de bienes de algún difunto; lo avisen al juez dentro del término de ocho días, y que este último, dentro de tercero día, dé parte al fiscal de hacienda si la herencia causa el seis por ciento, y lo avise también a la primera autoridad política del lugar y al agente de instrucción pública. Se manda en la misma ley, que para que este pago del seis por ciento se haga efectivo, los inventarios se terminen dentro de tres meses, ó dentro de un año, cuando más, si los bienes están en diversos lugares, bajo pena de pagarse el déficit respectivo de la pensión y los gastos que se causen en el cobro.

De los legados y legatarios.

Legado, manda ó fideicomiso particular, es una donación que hace el testador en el testamento ó en codicilo (L. 12, tít. 5, P. 6). Unos son forzosos, que son los que por disposición del derecho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos, y otros voluntarios, que son los que dependen de la voluntad del mismo.

Legados forzosos ó mandas.

Los legados ó mandas forzosas son en el día en Méjico, conforme á la circular de 9 de Agosto de 1806, los lugares santos de Jerusalem (Cédula de 30 de Setiembre de 1699), santuario de Guadalupe (Cédula de 7 de Diciembre de 1756), y para casar huérfanas pobres (L. 5, tít. 2, lib. 5 R., ó 7, tít. 3, lib. 10 N), habiendo cesado la de la causa del venerable Gregorio López, por la cédula de 1.º de Junio de 1785; y la de redención de cautivos por decreto de 9 de Noviembre de 1820. La cantidad que haya de dejarse á estos objetos, depende absolutamente de la voluntad del testador. En los Estados podrán subsistir estas mismas, ó sustituirse por otras, según hayan acordado las

respectivas legislaturas (Por el art. 76 de la ley de 18 de Agosto de 1843, se estableció una nueva manda forzosa, de á un peso, para la reposición y creación de bibliotecas públicas.)

Legados voluntarios.

Con respecto á los legados voluntarios, puede dejarlos todo el que puede hacer testamento, y pueden dejarse á todos los que pueden ser instituidos herederos; esceptuándose el de alimentos, que puede dejarse hasta á los incapaces de heredar, como son los espários (L. 8, tít. 3, lib. 5 R., ó 2, tít. 10, lib. 10 N.)

El testador puede mandar que paguen legados á todos los que perciban algo de su herencia, con tal que no los grave en mas de lo que reciban.

Qué cosas se pueden legar.

Se pueden legar todas las cosas que existen, ó pueden existir, con tal que estén en el comercio de los hombres y aunque sean incorporales; y así se puede legar la cosecha venidera, un usufructo, una servidumbre, una deuda, pero no un templo ni una plaza pública (L. 13, tít. 9, P. 6.) También puede legarse la cosa agena, y entonces tiene el heredero la obligación de comprarla á su dueño y entregarla al legatario, y no queriéndola

aquel vender, entregará su estimacion (L. 10 del d. tít. y P.); mas esto se entiende si el testador sabia que la cosa era agena: pues creyéndola suya, y no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la mujer ó á algun pariente (La misma ley). La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya, es del legatario (La misma).

Si el legatario habia adquirido ya la cosa agena que se le lega, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo ú oneroso, pues si fué por el primero, el legado es inútil, por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y á favor de una misma persona* (L. 43, tít. 9, P. 6); pero si la adquirió por el segundo, se le debe la estimacion.

Se pueden legar las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda (L. 11, d. d. tít. y P.); y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia (La misma ley); mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario (L. 11, tít. 9, P. 6). Igualmente será obligacion del heredero desempeñarlas si estaban en una cantidad igual ó mayor que su valor, ya lo supiese ó ya lo ignorase el testador (La misma).

Pueden legarse tambien las cosas empeñadas
P. 37.

al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado solo el derecho de prenda; pudiendo el heredero exigir al legatario la cantidad porque tenía empeñada su cosa (L. 16 del mismo tít. y P.)

Si el testador lega una cosa y luego la enagena, si la enagenacion fué por donacion que hizo de ella, se entiende revocado el legado (LL. 17 y 40, tít. 9, P. 6); pero si fué por venta, se debe la estimacion al legatario (D. ley 40).

Suelen hacerse legados de ciertas cosas incorpóras, que se llaman *legado de nombre, de liberacion y de deuda*, sobre los cuales conviene saber, que se dice de nombre cuando el testador lega á Pedro lo que le debe Juan: de liberacion, cuando se lega al deudor lo mismo que él debe; y de deuda, cuando se lega al acreedor lo que le debe el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la accion que el testador tenía contra su deudor; y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero (L. 15, tít. 9, P. 6). Por el de liberacion está obligado á entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de ella, dejándolo libre enteramente. Si el testador en vida cobra y recibe la deuda en estos dos legados, se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente, subsisten ambos (L. 34 del mis-

mo tít. y P.) Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya, todos los privilegios de los legados; y así de condicional y para día cierto, se hace pura y pagadera al punto; de no hipotecaria, se hace hipotecaria, y de ilíquida, líquida.

Division de los legados voluntarios y reglas.

Los legados se dicen de género de especie y de cantidad. Género es en derecho lo que en filosofía especie; v. g., un caballo, un libro. Especie equivale á un individuo, v. g., el caballo tal, la obra de Fabiano; y cantidad es un género de terminado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto, es fácil fijar ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perece la cosa legada y otros casos. 1.ª *La especie legada no perece para el heredero sino para el legatario* (L. 15, tít. 9, P. 6), á menos que aquél sea moroso en entregar, ó que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado á pagar la leve (L. 41 del mismo tít. y P.) 2.ª *Cuando se lega una universalidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador.* 3.ª *Para que el legado de género sea*

útil, es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza: por ejemplo, un caballo es legado de género ínfimo; pero un animal es de supremo, y sería ridículo legarlo, pues podría pagarse con un insecto: por esto previene una ley (L. 23, tít. 9, P. 6), que si el testador lega una casa sin tenerla, el heredero no resulta obligado. 4.ª En el legado de género tiene la dección el legatario; pero de tal suerte, que no puede elegir lo mejor (L. 23 d. d. tít. y P.); á diferencia del legado de opción, que es cuando el testador con palabras expresas y terminantes concede al legatario la facultad de escoger de entre cosas de un mismo género la que mejor le parezca (L. 25 d. d., tít. y P.) En tal caso, hecha la elección por el legatario, no puede arrepentirse de ella (D. ley. 25); y si el no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger (L. 26 d. d., tít. y P.) Por lo que hace al legado de género y cantidad, la regla es, que ni el género ni la cantidad perecen (L. 41 d. d. tít. y P.); por manera, que legado, por ejemplo, un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo, y en su poder perece, queda en la obligación lo mismo que antes.

Por último, pueden legarse los hechos; de modo que el testador obligue á su heredero á hacer al-

guna cosa en favor ú obsequio de otro, con tal que ella no sea torpe ó ridícula.

Derecho de acrecer.

En los legados se conserva el derecho de acrecer, que no existe ya en las herencias, en virtud de la ley 1, tít. 4, lib 5 de la R., y consiste en que la parte del legatario que muere ó no la recibe, se aplica al otro. Para que tenga lugar, son necesarios dos requisitos. El primero es que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador; pues si le sobrevive, aunque sea por un momento, [pasa el legado á los herederos y no acrece al otro (L. 33, tít. 9, P. 6). El segundo, que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. g., á Pedro y á Juan les lego mi casa; pero si á uno se lega la casa y al otro un campo, ni son conjuntos, ni hay derecho de acrecer (D. ley 33). La conjunción puede ser en la cosa, en las palabras ó mixta. Se dice que hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma, aunque en diversas proposiciones: en las palabras, cuando lo son en una sola asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales; y es mixta cuando se lega una misma cosa á muchos en una proposición y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el

uno de los legatarios no quiera su parte ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demás presumiéndose así de la voluntad del testador, por no espresarse cosa en contrario (L. 33, tít. 9, P. 6).

Legado condicional.

Los legados se pueden hacer puramente para día cierto, con condicion, con demostracion, con causa ó con modo. Cuando se lega puramente, no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, y el heredero tiene obligacion de pagarlo, y el legatario derecho para cobrarlo luego que muere el testador.

Legado desde algun dia, es el que tiene término para comenzar, y hasta cierto dia es aquel en que se señala el tiempo que debe durar. En el primero, el legado se debe luego; pero no se puede cobrar hasta que llegue el dia; mas el segundo, se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para dia cierto, se trasmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el dia, como haya sido despues de la muerte del testador (L. 34 d. d. tít. y P.); pero si el dia es incierto, como para cuando se case ó se ordene, no se trasmite por reputarse condicional (L. 31 del mismo tít. y P.)

En el legado condicional se deben guardar las mismas reglas que en la institucion condicional de heredero, de que se habló ya.

Legado con demostracion.

Con demostracion se dice que lega un testador siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada. La falsa demostracion no vicia el legado, con tal que conste de la persona (LL. 19 y 20, tít. 9, P. 6); de modo que se sepa de quién habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido (Paz in Praz, tít. 1, p. 4, c. 1, n. 19); pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quién habló el testador, no vale el legado en rigor de derecho (L. 9, tít. 9, P. 6), aunque Molina pretende que en el fuero de la conciencia, se debe dividir entre los que son del mismo nombre (Molin. tr. 2, d. 197, n. 2.)

Legado causal.

El legado causal es en el que se espresa la causa porque se deja y vale tambien, aunque la causa sea falsa, como v. g.: *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito*; aunque esto no hubiese sucedido, vale el legado (L. 25 d. tít. y P. cit.); pero si el heredero probase que el testador no habria legado si hubiera conocido la falsedad de la

causa, no vale el legado (Alvarez, lib 2, tit. 20). Tampoco valdria si la causa fuera final y no impulsiva, siendo falsa, como v. g.: *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito*; pues no habiéndolos gastado, no subsistiría el legado (L. 20, tit. y P. cit.)

Legado de modo.

Finalmente, bajo de modo se dice un legado cuando el testador expresa el fin para que lo deja, como v. g., *para graduarse de doctor*. Este se puede pedir inmediatamente, pero dando el legatario fianza de que cumplirá con el fin, y de restituirlo si no cumpliera (L. 21, tit. 9, P. 6).

Cuándo se adquiere el legado.

El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que éste ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos (L. 34 d. d.), pero si muere despues del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, trasmite su derecho al legado á sus herederos (LL. 34 dicha y 1, tit. 4, lib. 5 R., 3 1, tit. 18, lib. 10 N.)

Los legados deben cumplirse en los mismos términos que quiso el testador; pero los profanos que

no pueden tener cumplimiento, los adquiere el heredero, y los piadosos se convertirán en otro objeto pio (Gregorio López en la ley 20, tit 9 P. 6), acudiendo antes al ordinario (Lag. de Just. d. 24 sect. 13, n. 306), con cuya licencia se pueden aplicar al bien comun de la República, aun cuando no sea difícil su cumplimiento, segun la disposicion del testador, en el caso de grave necesidad, como peste, hambre ó invasion.

El que se deja á los naturales de una ciudad se puede dar á los que tienen ánimo de permanecer en ella, y á los que llevaren diez años, si no consta que piensan salir de allí (Sanz. L. 4, cons. c. 2 d. 19), á menos que se infiera otra cosa de la mente del testador; y en defecto de verdaderos naturales, solo éstos parece que deberían ser admitidos (Greg. Lop. en la ley 2, tit. 25, P. 4).

El que se deja para casar huérfanas, se puede aplicar á las que tienen padres pobres é inútiles, á falta de las que propiamente lo son (Sal. tr. 14, c. 5, n. 18).

Si los legados no se pudieren pagar por entero por no alcanzar los bienes, se pagarán á *prorata*, aunque sean piadosos ó de cosa determinada (Sanz. L. 4, cons. c. 2, d. 11).

Si el testador lega una cosa á Juan y Francisco, se dividirá por igual entre los dos; si la lega á

los dos hijos de Juan y al de Francisco, se dará la mitad á los primeros y la otra al segundo; y si alguno muere ó renuncia, su parte acrece á los demás como conjuntos (Molin. tr. 2, d. 197, n. 2).

Si se lega una cosa á Pedro y despues la misma á Juan; si se entiende que la voluntad del testador fué revocar por el segundo el primer legado, se dará toda la cosa á Juan; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente ó *in solidum*, se dará la cosa al que primero la pida, y el otro su estimacion (L. 33, tit. 9, P. 6). Si á uno se lega una misma cosa dos ó tres veces, solo se le debe una (L. 40 del mismo).

Cuando son dudosas las palabras del testador en alguna disposicion, no se conmuta, sino que se interpreta su mente, á juicio de hombres doctos que sepan pesar las circunstancias (Lug. de Just. d. 24, sect. 13, n. 306).

Cómo se acaban los legados.

Los legados se acaban ó porque se quitan, ó porque se transfieren, ó porque espiran. Se quitan, ó por palabras, cuando el testador los revoca en testamento ó codicilo posterior (L. 39, tit. 9, P. 6), ó por hechos, si borra ó tilda el legado por sí ó por medio de otro (La misma, vers. *Otrosí*): si en vida del testador acaba la cosa legada, ó él le

muda la forma, aunque en este último caso deba distinguirse: si la cosa puede reducirse á su antiguo estado, como la plata convertida en vaso, subsiste el legado; mas si no se puede, como en la lana de que se hizo paño, no subsiste (L. 42 del mismo). Por último, se quitan por escepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de voluntad, lo que probándose por el heredero, hace perder el legado al legatario (Alvarez, lib. 2, tit. 21).

Se trasladan los legados mudándose la persona del legatario, como dejando á Pedro lo que se dejaba á Juan; pero ha de ser con esta expresion: mudándose la cosa legada, como si primero se legaba á Juan la casa y despues se le lega la hacienda: mudándose la persona á quien se obligaba á que pagase el legado; y finalmente, mudándose la naturaleza del legado, como si de puro se hace condicional. Así quitarlos como trasladarlos, se puede hacer en testamento ó codicilos; y para quitarlos, no se requiere solemnidad, pues ni la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presuncion de que el testador mudó de voluntad; pero debe probarse.

Espiran los legados si el legatario muere antes que el testador; si perece la cosa legada sin mora ó culpa del heredero, siendo legado en especie; si

era de cosa ajena y la adquirió el legatario por título lucrativo; si el testamento se anula por falta de solemnidad, como si faltó el número legal de testigos (LL. 1 y 2, tít. 4, lib. 5 R., ó 1 y 2, tít. 18, lib. 10 N.); pero no si se rompe por preterición ó desheredación injusta (La ley 1 dicha), ó porque falte la institución de heredero, ó éste no acepte la herencia, pues en estos casos subsisten los legados, que espiran también siendo condicionales si no se verifica la condición estando en el arbitrio del legatario, pues no estándolo, como por caso fortuito, se tiene por cumplida (L. 22, tít. 9; P. 6).

Acciones que competen al legatario.

Al legatario competen tres acciones para conseguir el legado contra el heredero ó albacea. La primera es personal por el cuasi contrato de la adición de la herencia; la segunda es real, en los legados en especie, por la traslación del dominio de la cosa legada al legatario en el instante que muere el testador; y la tercera es hipotecaria, por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados. El legatario puede seguir la vía ejecutiva contra el heredero, según Paz, aunque otros lo niegan (Molin. tr. 2, d. 194, n. 17), pero no puede tomar de propia autoridad la cosa

legada, sino de mano del albacea (L. 1, tít. 9, P. 6), y tomándola la pierde (L. 37 del mismo tít. y P.), si no es que tenga licencia tácita ó espresa del testador para ello (L. 3, tít. 13, lib. 4 R., ó 3, tít. 34, lib. 11 N.)

Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde more el heredero, ó donde esté la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se pueda contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse (L. 48, tít. 9, P. 6).

De la cuarta falcidia.

El título 11 de la Partida 6.^a adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribuido en ellos el todo de su caudal, de modo que nada queda á aquel por la adición de la herencia. Co-

mo el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fué que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros, supuesta la ley 1, tít. 4, lib. 5 de la Recopilacion, que es la 1, tít. 18, lib. 10 de la Novísima, opinan varios autores (Gomez, lib. 1, var. c. 12, n. 11, y Ceval. q. q. cons. q. 30) que tampoco lo tiene la cuarta falcidia, ni la trebellianica, de que se habló anteriormente; pero otros sostienen que sí (Pichardo, Matienzo, Molina y Castillo, citados por Sala, lib. 2, tít. 6, n. 27 que se inclina á esa opinion): por lo que será conveniente explicar brevemente sus circunstancias y modo de sacarla.

No tiene lugar respecto del heredero forzoso, pues éste deberá sacar su legítima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del testador, deduciendo del total las deudas, los gastos funerarios y los que hicieron por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto; aunque con respecto á los gastos de enterramiento, debe tenerse presente que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto, pues si se deja á alguno, son carga de él (L. 13, tít. 6, lib. 5 R., ó 9, tít. 20,

lib. 10 N). Si hecha esta deducción nada quedare al heredero por la distribución de legados, tomará íntegra la cuarta parte; pero si le quedare algo, tomará lo necesario para completar su cuarta.

No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados piosos, ni los que se dejan en testamento militar (L. 4, tít. 41, P. 6), ni los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enagenarla (L. 6 d. tít. y P. cit.) Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demás cumplidamente, si no es que despues que comenzó á pagar se descubra alguna deuda grande del difunto, que antes no se sabia, pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar (L. 6, tít. 11, P. 6). No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohíbe (La misma); y se pierde el derecho á ella si el heredero no hizo inventario (L. 7, d. d. tít. y P.), ó canceló maliciosamente el testamento ó los legados, ó hurtó ó ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

Distincion entre legado y fideicomiso.

Los fideicomisarios particulares se distinguián, segun el derecho antiguo, de los legados, en su

forma y en su efecto; y aunque subsiste la diferencia en lo primero, porque el legado se deja directamente, como diciendo: *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero y gravándolo en dar ó otro alguna cosa, se derogó en lo segundo, por haberse igualado los legados y los fideicomisos; de manera que cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (Gutierrez com. de Ant. Gem. cap. 12 n. 1). Por lo que nada hay que añadir sobre ellos.

De la donación causa mortis.

La donación *causa mortis* es cierta especie de manda, como la llama la ley 7, tít. 10, lib. 5 R., que es la 1, tít. 7, lib. 10 de la N., ó legado, con el cual conviene en que se puede revocar libremente, y en que está sujeta á la detraccion de la falcidia, pero no es lo mismo que él. Para su valor bastan tres testigos y el escribano, y se puede revocar si el donatario muere antes que el donador; si éste sale de la enfermedad en que la hizo, y él mismo se arrepiente de haberla hecho (L. últ., tít. 4, P. 5).

De los albaceas.

El albacea, á quien llaman tambien testamenta-

rio, ejecutor, cabezalero y mansesor, es aquel á quien el testador encarga la ejecucion de su última voluntad. Este encargo puede hacerse al presente ó ausente, á uno solo ó á muchos, para que se sucedan uno al otro, ó para que obren de mancomun; y aquel á quien se hace, no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun teniéndola, no vale la delegacion en varios casos (Carpio, lib. 7 de executor, testamentar. cap. 19 y 20).

El incapaz de testar lo es tambien para ser albacea (Véase el § 1 de los testamentos), y pueden serlo las mujeres (Aunque se les prohíbe por la ley 8, tít. 5, lib. 2 del Fuero Real, está derogada por costumbre contraria. Feb., part. 1, cap. 1, § 18, núm. 250), la viuda del testador ó sus herederos, los clérigos y los religiosos con licencia expresa de su prelado, á escepcion de los que profesan la regla de San Francisco, á quienes está absolutamente prohibido (Cap. *Religiosus executor*. 2 De testam. in 6 y Clement. *Religiosis* de testamen.); y el menor de veinticinco años, si ha cumplido los diez y siete (L. 19 al fin, tít. 5, P. 3).

Los ejecutores de las últimas voluntades son como los tutores, *testamentarios, legítimos ó dativos*. Testamentarios son los que elige el testador en su testamento: legítimos son aquellos á
p. 38.

quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador; y dativos los que nombra de oficio el juez en caso que el nombrado en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto.

A nadie se puede obligar á que sea albacea (Covarr. in cap. 19 De testament. n. 3); pero si el que fuere nombrado acepta tácita ó espresamente el encargo, se le puede obligar á que cumpla con él. Se entiende que lo acepta tácitamente, si paga algunas deudas ó legados del difunto, ó de cualquiera otro modo se mezcla en sus bienes ó distribucion de ellos (Sanz. ley 4 Cons. c. 1, d. 42, n. 7). En el caso de que el testamentario acepte, puede por sí dar á los legatarios las mandas que le fueren hechas, y tomar para sí el legado que le hubiere dejado el testador (L. 20, tít. 10, P. 6); mas perderá éste si renunciare el albaceazgo (Sanz. cit.)

Si el testador designa por albacea á alguna persona con el nombre de su dignidad ú oficio, como el gobernador ú obispo, pasa el cargo á su sucesor (C. 2 § Sanz. De testam. in 6); pero si solo se pone el nombre, ó de las circunstancias, se colige que no tanto se atendió al empleo ó dignidad, quanto á la persona, por ser pariente, amigo ó pai-

sano, no pasa al sucesor (Barb. in c. 2 De testam. in 6).

La ley 14 del tít. 4 del lib. 5.º de la Recopilacion, previene que el albacea presente al juez el testamento en que fuere nombrado, dentro de un mes del fallecimiento del testador, para que se lea públicamente, y no haciéndolo, pierda lo que se le hubiere legado; y la misma obligacion se impone á todo el que tuviere el testamento de otro, aunque no sea su albacea, bajo la pena de perder el legado, y no haciéndosele, bajo la pena de pagar el daño al interesado, y una multa de dos mil maravedís. Algunos autores juzgan que la obligacion de presentar al juez el testamento por el albacea, se entiende solo del abierto otorgado sin escribano, aunque Acevedo opina lo contrario, y añade que la pena solo tiene lugar en la ocultacion dolosa (Acev. sobre la ley 14, tít. 4, lib. 5 R. contra Montalvo y Matienzo. Véase el § 15).

Para comenzar á ejercer su encargo el albacea, deberá presentarse ante el juez secular, aun quando aquel sea clérigo, pues es el competente de la causa, acreditando su encargo y pidiendo se cite á quienes interese (L. 15, tít. 4, lib. 5 R.); y deberán ser citados aun los clérigos, pues mas que citacion es un aviso (Solórz. Polític. 5 c. 7), pa-

ra poder proceder al inventario de los bienes y demás concerniente al desempeño de su oficio.

Los albaceas deben hacer inventario de los bienes del testador, cuyo inventario puede ser solemne ó por simples memorias, como referimos en el juicio de inventarios; y dar cuenta de lo recibido y gastado, aun cuando les releva de ello L. 15, tít. 10, P. 5, y sobre ella Greg. López; pues esta cláusula solo remite la averiguación nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, mas no en cuanto al dolo: sobre lo cual cita Febrero varias ejecutorias, pudiendo ser apremiados por el obispo en caso de negligencia para el cumplimiento de las disposiciones piadosas, sin que obste la prohibición del testador (L. 7 del mismo tít. y P.) Mas si éste encargó á su albacea por cláusula en el testamento ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algun *comunicado secreto*, no tendrá obligación de dar cuenta, ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se pruebe dolo por hallarlas en su poder (Clement. de Testam.), y lo mismo es si la entrega se mandó hacer al confesor (Sanz. ley 4 Cons., c. 1, d. 49), aunque para evitar litigios, lo mejor es poner al albacea en la cláusula del testamento la obligación de dar cuenta bajo de secreto al juez. Deben enagenar los bienes en pública

almoneda (L. 62, tít. 18, P. 3 al fin), y les está prohibido comprar para sí ninguno de ellos, bajo la pena de ser nula la venta, y de pagar el cuádruplo, que se aplica al fisco (L. 14, tít. 4, lib. 5 R., 6 5, tít. 18, lib. 10 N.)

Para la ejecución del testamento deben arreglarse al término que señaló el testador, sea mayor ó menor que el legal; y si ninguno les señaló, deberán ejecutarlo lo mas breve que les sea posible, conforme á la ley de partida que dice: *Lo mas ay-na que pudieren sin alogamiento é sin escatima ninguna* (L. 6, tít. 10, P. 6); no pudiendo ni debiendo en conciencia esperar el año que concede el derecho para pagar las mandas y legados, si antes de él pudieren hacerlo, lo mismo que las deudas del difunto, cuya solución retardada voluntariamente no puede excusarse de la nota de pecado grave (Sanz., ley 4, Cons. cap. I, d. 53, n. 5) Mas mientras durare la formación del inventario, no pueden los acreedores ni legatarios molestar al albacea ó heredero para que cumpla el testamento (L. 7, tít. 7, P. 6); pero si manifestara no querer hacer inventario, ni gozar del tiempo que para él le concede el derecho, podrá ser reconvenido despues de los nueve dias de la muerte del testador (L. 13, tít. 9, P. 7, y Paz in Prax., tít. 1, p. 4, c. 1, n. 46).

Si son muchos los albaceas, ó no pueden ó no quieren intervenir todos, vale lo que uno ó dos ejecuten (L. 6, tít. 10, P. 6); y para precaver este embarazo, es muy conveniente que se confiera á cada uno *in solidum* la facultad de cumplir el testamento, y el que primero empiece á usar de ella, proseguirá hasta su conclusion, sin necesidad de avisar á los otros, ni que éstos se mezclen en cosa alguna.

Deben pagar primero las deudas del difunto, y despues las mandas (L. 7, tít. 6, P. 6); y si se dejare al arbitrio de ellos la distribucion de alguna limosna entre pobres, siéndolo alguno de los albaceas, podrá aplicarse alguna parte (Sanz., ley 4, Cons. c. 1, d. 48). Si se les manda por el testador que den á otro alguna cosa con disyuntiva, ó en general, cumplen con dar la que quieran, aunque sea la menos preciosa (Sal. tr. 14, c. 5, n. 177); pero si las palabras se dirigen al legatario, á éste toca la eleccion en los términos que hemos dicho.

El oficio de albacea acaba por su muerte, por la revocacion del testador, por enemistad que sobrevenga entre los dos, por impedimento, locura ó fatuidad del testamentario, por el trascurso del tiempo ó término asignado para evacuar su comision, por complemento y ejecucion de ella, y por

haber cesado la causa porque fué constituido. Algunos quieren (Espin. gl. 28, n. 36) que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea del marido, si pasa á otro matrimonio, pero la niegan otros (Molin. tract. 2, d. 247, n. 14).

En retribucion del trabajo del albacea lo era permitido cobrar cierto premio de los bienes del testador, cuya cantidad se graduaba segun la práctica y costumbre que habia en el lugar. Los autores disputan sobre si tenian ó no derecho para cobrarla, fuera del caso en que lo hubieran convenido así el testador y su testamentario; mas esta disputa parece terminada del todo por la disposicion de la cédula de 20 de Setiembre de 1786, que previene que los albaceas no puedan pretender pago alguno ni remuneracion por el trabajo que tengan como tales, mediante ser éste un cargo piadoso, y de consiguiente gratuito.

De los comunicados secretos.

A veces sucede que el testador, ya sea porque quiere hacer alguna restitucion, ó porque desea ausiliar despues de su muerte la sucesion que tuvo envuelta en profundo misterio y que quiere sigasí, para no levantar un velo que debe estar corrido, ni despertar la guerra doméstica que pu-

diera encenderse entre los herederos legítimos y los parientes naturales del mismo testador; á veces sucede, repito, que este último encomienda en rigoroso secreto á su confesor el reparto de cuarta suma de dinero que le entregará el albacea; ó encomienda el reparto al mismo albacea, dejándole instrucciones de palabra ó por escrito, á las que comunmente se llama *comunicados secretos*.

Hay disputa en el foro sobre si estos comunicados secretos deban manifestarse al juez que conoce de los inventarios, para que éste vea que se ha cumplido también en esta parte con lo prevenido por el testador, ó si ni al juez se le deben confiar, sino que se entierren, digamos así, en el seno de la persona á quien el testador los confió en tan solemne momento como es el de la muerte. Mientras no exista una disposición terminante sobre este punto, la equidad y aun la justicia exigen lo segundo, por varias razones:

1.^a Porque el dinero que deja el testador para los comunicados secretos no puede sino salir del quinto de sus bienes cuando tiene herederos forzosos, descendientes, ó del tercio si solo tiene ascendientes, y en este caso bien puede disponer hasta de esta suma aun en favor de extraños, no habiendo por lo mismo inconveniente en que de cantidades que puede emplear con libertad el testa-

dor, tome una parte ó las entregue íntegras al albacea ó confesor, para los encargos especiales y reservados que les haga.

2.^a Porque aun cuando la comisión de los comunicados secretos esté espuesta á abusos por parte de los albaceas encargados de cumplirla, que no están en obligación de rendir cuentas de ella, basta que el testador haya dádoles toda su confianza; y quiere decir que si no corresponden á ella, tendrán una responsabilidad moral de gran peso.

3.^a Porque aun cuando la ley previene que el confesor en la última enfermedad del testador no pueda heredar á éste, la entrega del dinero que se hace á un confesor encargado de ciertos comunicados secretos, no es ciertamente por vía de herencia, sino para hacer restituciones ó pagos cuyo secreto resguarda la honra y el buen nombre del testador.

4.^a Porque, en general, la costumbre de los comunicados secretos es un recurso que favorece la tranquilidad de conciencia de los testadores, sin ponerlos en el compromiso ó de revelar al público secretos que pueden ser terribles para las familias, ó de callarlos por no sumir á sus hijos en un caos de pesares, ó amargarles el recuerdo de su padre con alguna falta que le rebajara en su concepto y

reputacion. De manera que el uso de los comunicados secretos favorece la moral del hombre lejos de perjudicarla.

Y 5.ª Porque los inconvenientes que pudieran sobrevenir de los abusos en los comunicados secretos, son de mucha menos trascendencia que el peligro en que se pondria la conciencia y moralidad de los testadores si no tuvieran ese recurso para ocultar sus descarríos ó errores.

Habiendo ya hablado de todo lo relativo á la teórica y parte de la práctica de testamentos, pasemos ahora á tratar de los juicios que se ofrecen en las testamentarias.

CAPITULO II.

¿QUIEN ES EL JUEZ COMPETENTE EN LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIAS?

El conocimiento de los juicios que se ofrezcan sobre testamentarias, corresponde al juez ordinario del lugar en que murió el testador, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de sus bienes. Los tribunales eclesiásticos están inhibidos para mezclarse en ningun caso en la nulidad de testamentos, juicios de inventarios, censual ó administracion de bienes, aun cuando el testador, albacea ó

heredero sean eclesiásticos (Cédula de 13 de Junio de 1775).

El conocimiento de las testamentarias de los militares corresponde asimismo al juez ordinario, pues así se mandó por el art. 4.º de la ley de 15 de Setiembre de 1823, que se declaró vigente por el decreto de 28 de Setiembre de 1748.

CAPITULO III.

DE QUE MANERA SE PIDE LA APERTURA DE UN TESTAMENTO.

Cualquiera de los interesados que tenga el testamento cerrado, ó que sepa en poder de quién para, y quiera la apertura de él, se presentará ante el juez ordinario del lugar en que falleció el testador ó en que está la mayor parte de sus bienes, con un escrito concebido poco mas ó menos en estos términos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., como mas haya lugar en derecho y salvas las protestas oportunas, digo: que D. N., vecino de esta ciudad, murió aquí en tal dia, segun consta de la partida de entierro que debidamente acompaño, bajo el testamento cerrado que va unido en forma á esta demanda (ó que para en

reputacion. De manera que el uso de los comunicados secretos favorece la moral del hombre lejos de perjudicarla.

Y 5.^a Porque los inconvenientes que pudieran sobrevenir de los abusos en los comunicados secretos, son de mucha menos trascendencia que el peligro en que se pondria la conciencia y moralidad de los testadores si no tuvieran ese recurso para ocultar sus descarríos ó errores.

Habiendo ya hablado de todo lo relativo á la teórica y parte de la práctica de testamentos, pasemos ahora á tratar de los juicios que se ofrecen en las testamentarias.

CAPITULO II.

¿QUIEN ES EL JUEZ COMPETENTE EN LOS JUICIOS DE TESTAMENTARIAS?

El conocimiento de los juicios que se ofrezcan sobre testamentarias, corresponde al juez ordinario del lugar en que murió el testador, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de sus bienes. Los tribunales eclesiásticos están inhibidos para mezclarse en ningun caso en la nulidad de testamentos, juicios de inventarios, cese ó administracion de bienes, aun cuando el testador, albacea ó

heredero sean eclesiásticos (Cédula de 13 de Junio de 1775).

El conocimiento de las testamentarias de los militares corresponde asimismo al juez ordinario, pues así se mandó por el art. 4.^o de la ley de 15 de Setiembre de 1823, que se declaró vigente por el decreto de 28 de Setiembre de 1748.

CAPITULO III.

DE QUE MANERA SE PIDE LA APERTURA DE UN TESTAMENTO.

Cualquiera de los interesados que tenga el testamento cerrado, ó que sepa en poder de quién para, y quiera la apertura de él, se presentará ante el juez ordinario del lugar en que falleció el testador ó en que está la mayor parte de sus bienes, con un escrito concebido poco mas ó menos en estos términos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante vd., como mas haya lugar en derecho y salvas las protestas oportunas, digo: que D. N., vecino de esta ciudad, murió aquí en tal dia, segun consta de la partida de entierro que debidamente acompaño, bajo el testamento cerrado que va unido en forma á esta demanda (ó que para en

poder de D. Mengano); y teniendo yo interés en que se cumpla lo que el difunto haya ordenado en dicho testamento, á vd. suplico que habiendo por presentados ambos documentos, se abra el pliego cerrado con las solemnidades legales, y que reduciéndose á escritura pública, examinados que sean los testigos, se dé á los interesados el testimonio que pidan y les correspondan. Por tanto, A usted suplico, etc.”

El juez provee: “Por presentado uno los documentos que acompaña: cítese á los testigos que se mencionan, y con lo que dijeren se proveerá.”

Citados los testigos, comparecerán ante el juez, y declararán precisamente que saben que el testador ha muerto, porque lo vieron ó lo han oído decir; que el pliego cerrado que se les enseña es el mismo que les presentó el testador, diciéndoles estar allí contenida su última voluntad; y que la firma que se les enseña, y que dice “Fulano de tal” es la misma que usa el declarante para todos sus negocios, y que la puso de su puño y letra y en unión de los demás testigos que allí firmaron.

Si los testigos están ausentes ó han muerto, se abonarán sus firmas, por medio de otros dos testigos mayores de toda escepcion, que digan ser la firma que se les enseña, la misma del ausente ó

muerto, y la que usa ó usaba para todos sus negocios.

Verificado esto, el juez provee: “Vistas estas diligencias, cítese á los testigos para la mañana de tal día.”

En la junta citada, el juez abre el testamento en presencia de los interesados y del escribano; lo lee primero para sí, y si ve que no tiene alguna disposición secreta, lo da al escribano para que lo publique, levantándose de todo esto una acta.

En seguida decreta el juez: “Vistas las anteriores diligencias, se declara ser última voluntad testamentaria de D. Fulano de tal, la que en tantas fojas aparece, abierto el pliego presentado por D. N.; publíquese en consecuencia, escribiéndose en el protocolo del actuario, y dñense á los interesados los testimonios que les correspondan.”

CAPITULO IV.

DE CÓMO SE FIDE QUE SE ELEVE A TESTAMENTO

NUNCUPATIVO UNA SIMPLE MEMORIA

TESTAMENTARIA.

Cualquiera de los interesados presenta al juez un escrito que dirá poco mas ó menos: ®

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante usted, salvas las pro-

testas oportunas y como mejor proceda, digo: que D. N., de esta vecindad, estando gravemente enfermo, pensó hacer testamento con arreglo á los apuntes que debidamente acompañó, cuyos apuntes fueron estendidos por D. Mengano, en presencia de D. S. y de D. X. (otros dos testigos por lo menos), que se hallaban allí presentes.

“Atendida la gravedad que invadió repentinamente al enfermo, se procedió en el acto á buscar escribano; pero ya no hubo tiempo para ello, porque antes de que éste fuera hallado murió el enfermo.

“Estas circunstancias referidas, prueban que D. Fulano manifestó su última voluntad de un modo claro y decisivo ante los tres testigos mencionados, únicos que pudieron estar presentes en aquellas circunstancias, los cuales son vecinos de este lugar, hábiles y bastantes en derecho, cuando otra cosa no se puede como en el caso, para testificar esa última voluntad.

“En tal virtud, pido á vd., que siendo examinados los referidos testigos D. X., D. P. y D. S., sobre si es cierto que hallándose juntos á la cabecera del enfermo D. Fulano de tal, dictó éste el contenido de los apuntes

que se acompañan, en un acto indivisible, cuyos apuntes se les leerán y darán á conocer; y diciendo ellos que dichos apuntes están conformes con lo que oyeron de boca del enfermo, y que éste dijo que aquella era su última voluntad; declarando asimismo sobre la imposibilidad de encontrar escribano que autorizara el acto, y sobre la muerte del testador, que se acredita además por la partida de entierro que va unido á este escrito; hecho esto, repito, y estando los testigos conformes, á usted pido que se eleven á formal testamento nuncupativo las mercedes testamentarias de D. Fulano de tal, y que protocolizándolas el escribano, se den á las partes los testimonios correspondientes. Por tanto, A usted suplico.”

Es de observarse, respecto de esta demanda, que como las leyes quieren, y con razon, que los testamentos tengan las mayores solemnidades posibles, es preciso que conste no haberse podido hallar escribano, y que tampoco pudieron ser habidos mas que tres testigos ó los que sean, con tal que no sean menos de tres, y que sean vecinos del lugar, pues así lo exige la ley 4, tit 2, P. 6. Sucede tambien que á veces el testador no dejó ni apuntes, sino que dijo de palabra, delante de tres

testigos cuando menos, y que sean vecinos del lugar, su última disposición testamentaria, y en este caso tambien puede pedirse por medio de un escrito semejante al anterior, que aquella disposición no escrita se eleve á testamento nuncupativo y formal, en virtud de la ley citada.

El juez provee al escrito anterior: "Por presentado con los documentos que se acompañan. Recíbanse las declaraciones á los testigos, y dese cuenta."

Se notifica el auto al que presentó el escrito, y se examinan los testigos por el juez, haciéndoles las mismas preguntas que se indican en el escrito; y estando conformes, y no habiendo oposicion por parte de alguno otro que se crea heredero, ó por parte del defensor (si se nombró alguno) el juez provee:

"Vistas las anteriores diligencias, se declara por última disposición testamentaria de D. Fulano de tal, con arreglo á la ley 4, lít. 2, P. 6, la hecha en apuntes por él mismo (ó la dicha de palabra) en presencia de los testigos D. N., D. B., D. V., quienes tienen los requisitos legales, elevándose dicha memoria á testamento nuncupativo y formal, y condenándose á los interesados á estar y pasar por él ahora y en todo tiempo, para lo que

interpone el presente juez su autoridad y judicial decreto en cuanto ha lugar por derecho. En consecuencia, protocolícese dicha memoria por el actuario, y dñense á los interesados los testimonios correspondientes."

Pero si hubo oposicion para que se elevara á formal testamento nuncupativo la memoria testamentaria, y dicha oposicion fué hecha por parte de algun interesado, se ventilará la dicha oposicion en via ordinaria, y citadas las partes luego que estén conclusos los autos, fallará el juez lo conveniente. Otras veces sucede que no hay oposicion, sino que el heredero ó el defensor piden la práctica de algunas diligencias para mejor asegurar la verdad, y entonces se mandarán practicar por el juez las diligencias pedidas, siendo ellas oportunas, y conclusos los autos, cita el juez á sentencia y resuelve lo conveniente.

CAPITULO V.

DEL JUICIO DE INVENTARIOS; Y PRIMERO, DE LOS INVENTARIOS SOLEMNES.

Se llaman inventarios los registros que se forman para saber á punto fijo los bienes que dejó el testador. El objeto principal de los inventarios consiste en que se repartan esactamente todos los

bienes del testador sin que haya ocultacion de ninguna clase, pues si algun interesado advierte que la hay, puede presentarse ante el juez ordinario contra el ocultador, y el descubrimiento de la ocultacion se seguirá en juicio ordinario.

Los inventarios pueden considerarse tambien como un beneficio concedido al heredero, pues cuando éste admite la herencia espresando que usará del beneficio de inventarios, como hemos dicho ya antes, no está obligado á pagar mas allá de lo que alcancen los bienes, y deducida la cuarta falcidia, que es otro beneficio (LL. 5 y 6, tít. 6, P. 6).

Los inventarios son solemnes ó extrajudiciales. Hablaré aquí de los primeros, y reservaré el capítulo siguiente para los segundos.

Los inventarios solemnes son los que se hacen observando las solemnidades prescritas por el derecho. Los inventarios se deben hacer en el lugar del domicilio del difunto; y si tenia dos, en aquel en que falleció; y si murió fuera de ambos, en cualquiera de ellos á prevencion (Tapia, Febr. Nov., tom. 6, tít. 1, cap. 1, núms. 3 y 4). El conocimiento en los juicios de inventarios corresponde al juez secular ordinario por las razones que dá en el capítulo segundo de esta seccion.

Antiguamente todos los inventarios eran solem-

nes; pero con el tiempo se introdujo la costumbre de hacerlos extrajudicialmente con la aprobacion legal posterior, en virtud de una real cédula que veremos despues. Hoy los inventarios solemnes no tienen lugar mas que en el caso de morir una persona abintestato y sin dejar herederos notorios, pues entonces procederá el juez de oficio, y las solemnidades de estos inventarios consisten en lo siguiente:

Sabedor el juez de que álguien ha muerto sin testamento, dejando bienes y sin herederos notorios, debe proveer auto mandando se aseguren los bienes y papeles, y se recojan las llaves, se dé fe de estar muerto, y se reciba informacion sobre la identidad del difunto. Si la muerte fué repentina, debe además mandar que reconozcan el cadáver un métrico y un cirujano, para que digan si fué ó no natural la causa de la muerte.

Practicadas estas diligencias, se provee auto mandando dar sepultura al cadáver, cuyo acto se certifica por el escribano, si la muerte no fué natural. Despues nombrará el juez (si no hay parientes ó no están allí) defensor á la herencia yacente, y se procederá á la formacion de los inventarios, poniendo los bienes en depósito á contento del defensor.

No habiendo hijos ni herederos forzosos, se fi-

jan edictos y se despachan exhortos para el pueblo de donde fué originario el difunto, y para los otros en que hubiese residido, llamando á sus herederos y acreedores con término perentorio.

Pretendiendo alguno la herencia, se presentará pidiéndola, probando su parentesco con las partidas de bautismo, casamiento, cláusulas de testamentos y demás documentos conducentes, y ofreciendo, además, información de testigos. De esta pretension y sus pruebas se dará traslado al defensor, quien se conformará ó lo repugnará, según le parezca; y oídas una y otra parte, declarará el juez al pretendiente por heredero abintestato, mandando se le entreguen los bienes con la obligación de hacer por el alma del difunto los sufragios correspondientes á su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado (Véanse los párrafos 7, 8 y 9 de la Instrucción inserta en la ley 6, lit. 22, lib. 10 de la N.)

Puede haber también inventarios solemnes á petición de parte, y entonces las solemnidades son las siguientes:

La viuda ó cualquiera de los interesados presenta escrito al juez con espresion del fallecimiento del testador, hijos y herederos instituidos, remitiéndose al testamento que debe acompañarse, pidiendo se proceda á la formación de inven-

tarios y avalúo de los bienes, y designando los peritos que tuviere á bien, si no los hay nombrados. Si es menor alguno de los hijos, por medio de un otrosí se pide que se le nombre curador, si el padre no le nombró tutor, en cuyo caso solo se pide que se le discierna el cargo. El juez provee de conformidad, previniendo se cite á los interesados, y nombrando curador al menor, si es pupilo, ó mandando que lo nombre por sí mismo, si ha salido de la edad pupilar; y que se notifique al nombrado para que acepte, jure y dé fianza. Hecho esto, se le discierne el cargo, y en seguida se notifica á los interesados este auto y el nombramiento de peritos, los que (si no hay contradicción) juran el fiel cumplimiento.

Si alguno de los interesados está ausente, se le cita por medio de exhorto para la formación de los inventarios que habrán de comenzarse dentro de treinta días; apercibiéndole de que, pasado el término, se seguirán y le pararán perjuicio no compareciendo por sí ó por apoderado. No sabiéndose dónde está, se le cita por medio de avisos en los periódicos, y se le nombra defensor, que es un curador ad litem.

Después se da principio al inventario, notándolo por días, con espresion de la hora en que se interrumpe en cada uno, listando los bienes y va-

luándolos, si se quiere al mismo tiempo; y se dejarán en depósito á la viuda ó hijos que vivieren en la casa, ó á la persona que designaren los interesados. Concluido el inventario, el que lo formó hace el juramento y protesta de ser aquellos todos los bienes, y de agregar los que de nuevo hallare; y con él lo firmarán los testigos, peritos y escribano, supliéndose la firma del perito que no sepa, por otro á su nombre.

Se exigen además como requisitos para el inventario solemne, que se haga ante juez y escribano, bien que la asistencia del juez no es corriente sino cuando hay numerario y alhajas preciosas; que se inventarfen todos los bienes del difunto, con inclusión de deudas activas y pasivas, cosas litigiosas y demás; que se espese el día, mes y año en que se empieza y acaba; que asistan á su formación tres testigos vecinos del lugar, y que conozcan al heredero; que firme el que lo hace, y no sabiendo, lo hará un escribano por él, aunque esto no se practica; y que se empiece y acabe dentro del término legal.

Los inventarios, sean simples ó extrajudiciales, se han de comenzar dentro de los treinta días siguientes al de la muerte del testador, y lo común es que se comiencen despues de los nueve días de

su fallecimiento. (Febr. Nov. de Tap., tom. 6, tít. 1, cap. 2, núm. 1).

CAPITULO VI.

DE LOS INVENTARIOS SIMPLES Ó POR MEMORIAS ESTRAJUDICIALES.

Por la cédula de 4 de Noviembre de 1791 (L. 10, tít. 21, lib. 10 de la N.), se mandó fuese extensivo y sirviese de regla general el modo adoptado por el consejo, de conceder permiso á los testadores para que luego que fallezcan, los tutores, albaceas ó testamentarios que señalen formen los aprecio, cuentas y particiones de los bienes de aquellos, como sujetos imparciales, íntegros y de toda su confianza, cumpliendo despues éstos con presentar las diligencias ante la justicia del pueblo para su aprobacion, y que se protocolicen en los oficios del juzgado ante quien se presenten, cuya disposicion se estendió á las testamentarias de los individuos del ejército y demás que gozan el fuero de guerra, por la cédula de 18 de Mayo de 1795 (L. 11, tít. 21, lib. 10 de la N.)

Supuesta la citada determinacion, y en los casos en que no deba procederse por inventario solemne, el albacea ó los herederos presentan un escrito al juez, pidiéndole licencia para la formacion

de los inventarios por memorias simples ó extrajudiciales. El escrito dice poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, ante usted, como mejor proceda y salvas las protestas oportunas, digo: que D. Mengano falleció en esta ciudad en tal fecha, segun consta de la partida de entierro que va adjunta á este escrito, bajo el testamento que debidamente acompaño (ó que corre en autos, ó que se declaró nuncupativo de simple memoria que era); y viniendo á la testamentaria de dicho D. Mengano el que se formen los inventarios de sus bienes de la manera mas sencilla, á usted pido se sirva concederme licencia para la formacion de dichos inventarios por memorias simples ó extrajudiciales, en el concepto de que luego que se terminen, serán presentados para su judicial aprobacion. Por tanto,

A usted suplico, etc."

El juez provee: "Por presentado con los documentos que se acompaña. Se concede la licencia que solicita D. Fulano de tal para la formacion de inventarios por memorias extrajudiciales, con la calidad de presentarlas para su legal aprobacion; y cítese en consecuencia á los interesados

para que asistan á la formacion de dichos inventarios."

Procede entonces el que pidió la licencia á formar los inventarios, para lo cual llamará peritos que avalúen los bienes, y si los bienes están en diversos puntos, se nombrarán por medió de exhorto los peritos necesarios, debiendo reconocer todos sus firmas, tambien por medio de exhorto, cuando estén ausentes los referidos peritos.

Hechos los inventarios, presentará el que pidió la licencia un escrito concebido en estos términos:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, ante usted, por el ocurso que mas haya lugar en derecho, y salvas las protestas oportunas, digo: que en tal fecha pedí licencia para la formacion de los inventarios á bienes de la testamentaria de D. Mengano, procediendo en ellos por memorias simples ó extrajudiciales; y habiéndoseme concedido dicha licencia, he formado los inventarios, y los presento ahora en tantas fojas, suplicando á usted se sirva darles la debida aprobacion, condenando á los interesados á estar y pasar por ellos ahora y en todo tiempo, y que hecho esto se me devuelvan para formar la cuenta de albaceazgo (si es

que no la acompaña á los inventarios, pues bien pudiera hacerlo). Por tanto,

A usted suplico, etc."

El juez provee: "Por presentado con los documentos que se acompañan. Córrese traslado á los interesados por el término de tres días."

Si los interesados están conformes con los inventarios, pueden renunciar el traslado al hacérseles la notificación, ó manifestar su conformidad por medio de un escrito; pero si no están conformes, harán los reparos que crean oportunos, y de ellos se correrá traslado al que formó los inventarios.

Si el albacea hizo los inventarios y no acompañó á ellos la cuenta de albaceazgo, se le devolverán los repetidos inventarios luego que estén conformes los interesados; y presentada despues la referida cuenta, se correrá traslado de ella á los mismos interesados, y si objetan algo, se hará saber al albacea para que conteste.

Arregladas las desavenencias que hubiere habido, y estando ya conformes todos los interesados con los dichos inventarios, provee el juez autos citadas las partes, y pronunciará definitiva dentro de ocho días, aprobando los inventarios en esta forma:

"Vistos con las memorias extrajudiciales presen-

tadas por la parte del albacea (heredero ó lo que fuere), de consentimiento de los interesados se aprueban éstas, elevándolas á formales y jurídicos inventarios, para lo cual interpone el presente juez la autoridad de su oficio y judicial decreto, cuanto ha lugar por derecho, cedenando á las partes á estar y pasar por ello ahora y en todo tiempo, y dándose á los interesados los testimonios correspondientes. Así definitivamente juzgando, etc."

Si el testador no nombró partidor de sus bienes en el testamento, ó no hizo el mismo esa particion, se hará en dicha sentencia prevencion á los interesados para que nombren la persona que les parezca bien, y harán el nombramiento al hacérseles la notificación del auto.

CAPITULO VII.

DE LA PARTICION DE LA HERENCIA.

Particion de herencia es la division y distribución que se hace de los bienes hereditarios entre los coherederos, dando á cada uno la parte que le corresponde, segun la voluntad del difunto, ó en su defecto con arreglo á lo dispuesto por las leyes. (L. 1, tít. 15, P. 6).

La particion se puede hacer judicial ó extraju-

dicialmente. Se hace judicialmente cuando por ausencia, menor edad ó incapacidad de algun heredero, se requiere la vigilancia é intervencion del juez, á fin de evitar perjuicios á los que personalmente no pueden evitarlos. Se hace extrajudicialmente ó sin intervencion del juez en los casos siguientes:

1.º Cuando los herederos son mayores de veinticinco años, pues entonces pueden hacer por sí propios la particion, reduciéndola ó no á escritura pública, segun les parezca (LL 3, tít. 4, lib. 3 F. R., y 1 y 2, tít. 1, lib. 10 F. J.)

2.º Cuando el testador, dejando algun hijo menor de edad, nombra tutor que no sea partícipe en la herencia ú otras personas de confianza, á quienes da facultad para hacer el inventario, la tasacion y particion, sin acudir al juez para otra cosa mas que para la aprobacion de las diligencias practicadas (L. 10 y nota 10, tít. 20, lib. 10 N. R.)

3.º Cuando el testador dejare hecha la particion, la cual será válida, bien que si perjudicare á los herederos descendientes ó ascendientes en su legitima, habrá de suplirse ó completarse la falta que haya en ésta (L. 9, tít. 15, P. 6).

Pueden pedir la particion:

1.º Todos y cada uno de los herederos ó par-

tícipes en la herencia del difunto que sean mayores de veinticinco años, y tengan capacidad legal para administrar sus bienes (L. 2, tít. 15, P. 6).

2.º Por los menores ó incapaces, como dementes, fátuos, etc., sus curadores ó defensores, debiendo nombrárseles al efecto, si no los tuvieren.

3.º La viuda del difunto, aunque no sea heredera, para que se le satisfagan sus gananciales y demás derechos que le pertenezcan.

4.º El que pretenda ser partícipe ó heredero, con tal que posea la herencia, pues si no la posee y se le niega la calidad de partícipe ó coheredero, no será admitido al juicio divisorio sino despues que se le haya declarado heredero en juicio ordinario.

5.º El extraño que antes de la division hubiese comprado de alguno de los herederos la parte que le correspondia de la herencia, porque mediante la venta se le transmitieron todas las acciones que tenia el vendedor.

6.º El fisco, cuando por delito de algun heredero recayó en aquel la parte á que tenia derecho; cuando alguno de los herederos se hallare ausente, pueden los presentes pedir la particion; pero el juez debe darle traslado de la pretension de éstos

con el término competente para que esponga lo que le convenga.

Si los herederos presentes no hicieren mencion del ausente, ó se ignorase que existia, y se hicie- re la particion sin contar con él ó su defensor, no valdrá en cuanto al mismo, ni por consiguiente podrá perjudicarle; pero será válido con respecto á los presentes, los cuales deberán dar al ausente cuando parezca la parte que le corresponda.

La particion ha de pedirse ante el juez del ter- ritorio en que estuvieren situados los bienes de la herencia; pero si el juez del lugar donde estuvo domiciliado el difunto y á quien corresponde el conocimiento del inventario, hubiere intervenido en éste, á él debe pedirse la particion, como per- teneciente al mismo negocio (LL. 32, tít. 3, P. 3 y 1 al medio, tít. 6 y 10, tít. 15, P. 6).

La accion con que se pide la division de la he- rencia llamada por los romanos familia erciscun- dæ es mista, esto es, real y personal; es real en cuanto tiene por objeto efectuar la particion de comunes, y es personal en razon de las presta- ciones ó indemnizaciones personales que se exi- gen por hecho, daños ó gastos, pues si alguno de los herederos percibe ó lucra algo del fondo co- mún, debe dar la correspondiente parte á los de- más; si por su culpa ó negligencia se irroga algun

daño á los bienes hereditarios, debe resarcirlos; y si hace algunos gastos útiles á dichos bienes, de- be ser reintegrado por los coherederos.

CAPITULO VIII.

DE LO QUE DEBE TENER PRESENTE EL PARTIDOR DE LA HERENCIA.

Inventariados y tasados los bienes, es preciso hacer en seguida la liquidacion de ellos para ave- riguar lo que pertenece á cada uno de los consor- tes, si el difunto era casado, ya por el fondo ó ca- pital que respectivamente pusieron en la sociedad conyugal, ya en razon de los gananciales ú otro derecho, y repartir y adjudicar luego á cada he- redero lo que le corresponda de los bienes líquidos de la herencia. A este efecto se pasan los autos á los contadores partidores, ya sea el judicial ó ya el designado por las partes ó el testador. El par- tidor debe tener presente todo lo que dejamos di- cho sobre mejoras y legados, y tambien los dere- chos que corresponden al cónyuge que sobrevive si lo hay, y son los siguientes:

Al cónyuge viudo han concedido las leyes cier- to derecho á los bienes de su cónyuge, y al mis- mo tiempo le han impuesto ciertas obligaciones que ha parecido conveniente reunir y explicar aquí.

con el término competente para que esponga lo que le convenga.

Si los herederos presentes no hicieren mencion del ausente, ó se ignorase que existia, y se hicie- re la particion sin contar con él ó su defensor, no valdrá en cuanto al mismo, ni por consiguiente podrá perjudicarle; pero será válido con respecto á los presentes, los cuales deberán dar al ausente cuando parezca la parte que le corresponda.

La particion ha de pedirse ante el juez del ter- ritorio en que estuvieren situados los bienes de la herencia; pero si el juez del lugar donde estuvo domiciliado el difunto y á quien corresponde el conocimiento del inventario, hubiere intervenido en éste, á él debe pedirse la particion, como per- teneciente al mismo negocio (LL. 32, tít. 3, P. 3 y 1 al medio, tít. 6 y 10, tít. 15, P. 6).

La accion con que se pide la division de la he- rencia llamada por los romanos familia erciscun- dæ es mista, esto es, real y personal; es real en cuanto tiene por objeto efectuar la particion de comunes, y es personal en razon de las presta- ciones ó indemnizaciones personales que se exi- gen por hecho, daños ó gastos, pues si alguno de los herederos percibe ó lucra algo del fondo co- mún, debe dar la correspondiente parte á los de- más; si por su culpa ó negligencia se irroga algun

daño á los bienes hereditarios, debe resarcirlos; y si hace algunos gastos útiles á dichos bienes, de- be ser reintegrado por los coherederos.

CAPITULO VIII.

DE LO QUE DEBE TENER PRESENTE EL PARTIDOR DE LA HERENCIA.

Inventariados y tasados los bienes, es preciso hacer en seguida la liquidacion de ellos para ave- riguar lo que pertenece á cada uno de los consor- tes, si el difunto era casado, ya por el fondo ó ca- pital que respectivamente pusieron en la sociedad conyugal, ya en razon de los gananciales ú otro derecho, y repartir y adjudicar luego á cada he- redero lo que le corresponda de los bienes líquidos de la herencia. A este efecto se pasan los autos á los contadores partidores, ya sea el judicial ó ya el designado por las partes ó el testador. El par- tidor debe tener presente todo lo que dejamos di- cho sobre mejoras y legados, y tambien los dere- chos que corresponden al cónyuge que sobrevive si lo hay, y son los siguientes:

Al cónyuge viudo han concedido las leyes cier- to derecho á los bienes de su cónyuge, y al mis- mo tiempo le han impuesto ciertas obligaciones que ha parecido conveniente reunir y explicar aquí.

Tiene derecho el cónyuge que sobrevive á la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio. Este derecho se funda en la sociedad ó *compañía legal* que hay entre los casados, como efecto civil del matrimonio (Todo el tít. 9, lib. 5 R., ó 4, lib. 10 N.) No tiene lugar en el caso de divorcio, pues el cónyuge que dió motivo á él, pierde el derecho á los gananciales; tampoco en el de apostasía de cualquiera de ellos, y aunque por derecho antiguo se perdía por el delito de traicion, abolida por el nuestro constitucional la pena de confiscacion que le era consiguiente, y causa de aquella pérdida, subsiste el derecho. Tambien lo pierde á favor de los herederos de su marido la viuda que vive deshonestamente (L. 5 del mismo).

No se reputan bienes gananciales los que tenian los cónyuges antes del matrimonio, los cuales quedan propios de aquel de quien eran (L. 4, tít. 9, lib. 5 R., ó 3, tít. 4, lib. 10 N.); ni las herencias y donaciones que se hicieron á alguno de ellos (L. 5 de d. tít.), aunque las remuneratorias, si lo son de servicio hecho por los dos, en opinion de algunos autores (Gutier. quest. prac. 119, y García de conjug. n. 125) pertenecen á la compañía; ni por último, los bienes castrenses ó cuasi castrenses, si no es que sean ganados á costa de ambos

(LL. 3 y 5, tít. 9, lib. 5 R., ó 2 y 5, tít. 4, lib. 10 N.); mas todos los demás que cualquiera de los cónyuges adquiriere por otro título con su trabajo é industria, son y se reputan gananciales (L. 2), lo mismo que los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de los de uno solo, de modo que si á éste le dejan una herencia, será de él solo; pero los frutos de ella serán comunes, de donde infieren algunos intérpretes que lo que gana el marido como juez, abogado ó médico, es comun y se reputa por gananciales. Son tales tambien los frutos pendientes al tiempo de disolverse la compañía; pero con la distincion de que en los árboles y viñas es menester que hayan aparecido, mas no en los sembrados, en los cuales entran los gastos hechos en su beneficio (L. 10, tít. 4, lib. 3 Fuero Real). Las mejoras ó aumentos de los bienes de cualquiera de ellos, si han provenido de la industria ó del trabajo, pertenecen á la compañía; mas no si son obra del tiempo. Esta doctrina de las mejoras, en opinion de Febrero (Feb., lib. 1, cap. 4, § 3, n. 75), se entiendo solo en cuanto á lo gastado en hacerla, y no en cuanto al mayor valor de la finca, y no tiene lugar en los bienes amayorzgados (Sala, lib. 1, tít. 4, n. 19). Si uno de los cónyuges adquiere algo por derecho de tetracto, la cosa
P. 40.

será solo de él; pero el otro tendrá derecho á la mitad del precio que costó (Gom. en la ley 70 de Toro, n. 28). Lo mismo debe decirse de la cosa permutada, respecto de la cual solo tendrá el otro derecho á la mitad de los guantes, vueltas ó ribete, si lo hubo. Si se comprare alguna cosa con dinero de uno solo, la cosa será comun, y el comprador podrá sacar su precio del cúmulo de ganancias (L. 11, tít. 4, lib. 3 del Fuero Real).

Antes de aplicar al cónyuge que sobrevive la mitad que de ellos le corresponde, deben pagarse las deudas que sean de la compañía; y por eso la mujer que renuncia su derecho á ella queda libre de pagar parte alguna de las que hubiere contraído su marido durante el matrimonio (L. 9, tít. 9, lib. 5 R., ó 9, tít. 4, lib. 10 N.) Se reputan como deudas de la compañía la dote de las hijas, y las donaciones *propter nuptias* á los hijos, pues es carga del matrimonio y deben sacarse de los gananciales, ya sea que los dos la hubiesen dado ó hecho, ya sea solo el marido. Pero si los gananciales no alcanzaren, se pagará por mitad de los bienes propios de ambos, si ambos la prometieron, ó de los del marido solo, si solo él la prometió (L. 8 de d. tít., ó 4, tít. 3, lib. 10).

La ley 7 del título 13 de la Partida 6, concede á la viuda pobre el derecho de heredar la cuarta

parte de los bienes de su marido, aunque deje herederos legítimos, y esta es la que se llama comunmente *cuarta marital*, que no es matemática, pues no puede pasar de cien libras de oro, sea cual fuere el caudal del marido. Febrero refiere la opinion de algunos autores que estienden este derecho al viudo pobre respecto de los bienes de su mujer; pero cita al mismo tiempo un caso práctico en contra (Feb., part. 1, cap. 1, § 9, n. 183). Como el objeto de la ley fué que la mujer que habia disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viese en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, opina Alvarez (Alvarez, lib. 3, tít. 1, § 1 en la nota), que supuesta la ley 1 del tít. 8 del lib. 5 de la Recop., que es la 1ª del tít. 20 del lib. 10 de la Nov., se puede dudar con fundamento que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala, sin embargo, opina (Sala, tít. 8, lib. 2, n. 7) que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la mujer por la cuarta marital, la cual debe socarse de todos los bienes del marido como deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos, aunque el marido

haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole menos le dejase con que vivir.

Muerto el marido, tiene su viuda el derecho para cobrar, y los herederos, comisarios ó ejecutores del testamento, obligacion de entregarle la dote que llevó al matrimonio, debiendo hacerse esta devolucion inmediatamente si los bienes dotedales eran raíces, ó dentro de un año si eran muebles (L. 31, tít. 11, P. 4), á no ser que se pactase otra cosa en la carta de dote (Gomez en la ley 50 de Toro, n. 46); y los frutos de la dote pertenecen á la viuda desde la muerte de su marido, si no es que consista en dinero, cuyo producto es del que negocia con él (Idem, n. 47). Este derecho de la mujer pasa á sus herederos, si muere sin hijos antes que su marido; mas cesa si ella cometió adulterio; si pactó con su marido que sobreviviéndole ganaria la dote, y finalmente, si fuere costumbre en el lugar que por muerte de la mujer quede al viudo no habiendo hijos (L. 23, tít. 11, L. 4). La accion de la mujer por su dote contra los bienes del marido es hipotecaria, porque éstos tienen hipoteca tácita y legal á favor de aquella (D. I. 33 y la 17 del mismo tít. y P.) y el pago de ella es preferente á los demás créditos que no sean hipotecarios privilegiados (L. 33, tít. 13, P. 5), entre los que se numera éste, y á los que solo

prefieren los singularmente privilegiados (Los créditos singularmente privilegiados, que deben pagarse con preferencia á la dote, segun la ley 12, tít. 13, P. 1, son los funerales segun las circunstancias del difunto, y los erogados en la faccion del testamento, formacion de inventarios y demás necesarios para la recaudacion de los bienes. Gomez añade los que se hicieron en la enfermedad del difunto, pero esto no es de ley).

Los herederos ó ejecutores del marido tienen obligacion de entregar tambien á su viuda las donas ó arras, segun ella elija, debiendo hacer esta eleccion dentro de veinte dias despues de requerida por ellos; y si pasado el término no lo hiciere, pierde el derecho de elegir, y recibirá la que aquellos quieran darle de las dos cosas; si no hubo arras, tiene derecho á lo que el esposo le dió siendo desposados (LL. 1, 2 y 4, tít. 2, lib. 5 R., ó 6, 1 y 3, tít. 3, lib. 10 N.) Tambien lo tiene al lecho cotidiano, decente y conforma á su estado y calidad (L. 6, tít. 6, lib. 3 del Fuero Real). Además de estos derechos que las leyes conceden á la viuda, se la deben dar en opinion de Gregorio López (Greg. Lóp. sobre la ley 31, tít. 11, P. 4), los alimentos por todo un año, si durante él retienen los herederos la dote, y lo sufre el caudal del

marido. Mas concluido el año, cesa esta obligacion, aunque no se haya restituido la dote (Gomez en la ley 50 de Toro, n. 48); y tambien en el caso de que la viuda tenga bienes de que mantenerse, ó de que se le haya restituido la dote antes del año, y en otros que trae Gomez (Gomez allí mismo). Pero si queda en cinta, se le deben los alimentos, aunque tenga bienes y se le haya restituido la dote (Espin. gl. 14, n. 107).— (Las precauciones, órden y forma con que debe averiguarse la certidumbre de la preñez de la viuda, y evitar el fraude, se esplican en la ley 17, tít. 6 de la P. 6. Mas advierte Febrero que no todas son necesarias, y deberá estarse á la costumbre que haya en el pueblo, como insinúa la misma ley).

El valor de las arras debe deducirse de la parte líquida del marido como deuda suya, y de la misma deben sacarse los alimentos de la viuda, si queda en cinta; por la razon, dice Febrero, de que se dan al póstumo que trae en el vientre, á quien tiene obligacion de mantener el padre; mas si no queda en cinta, pero sí con hijos que vienen con ella, lo gastado y consumido por todos en sus alimentos, se ha de deducir del cúmulo del caudal inventariado; porque aunque por la muerte del marido se disolvió la sociedad conyugal, dura ó se contrae (Sala, lib. 1, tít. 4, n. 18) de nuevo tá-

citamente con sus herederos, en cuanto al lucro, por la comunión ó division de los bienes de todos. Si no quedó en cinta ni con hijos en su compañía, debe distinguirse si trajo dote, ó hay gananciales ó no; si ni trajo dote ni hay gananciales, tampoco se le deben alimentos; si hubo ganancial, se le darán los alimentos durante el año de la retencion de aquella, no del caudal del marido, porque aunque éste es deudor de la dote y la viuda acreedora por ella, ninguna ley manda que el deudor alimento á su acreedor; pero sí de cuenta de los herederos, porque la dote, interin no se restituye, retiene los privilegios que durante el matrimonio tenia; y como uno de ellos es la obligacion de alimentos en el marido, tienen la misma sus herederos que lo representan, mientras no la restituyen (Gomez en la ley 50 de Toro, n. 48): entendiéndose esto por solo el año en que legalmente pueden retener la dote, pues pasado él, cesa la obligacion, por la facultad que tiene la viuda de obligarlos judicialmente á la devolucion; y si pedida no se la entregaren, podrá exigir los intereses de dote retardada (El mismo, vers. *Post annum vero*). El luto de la viuda debe sacarse del caudal privativo del difunto, como deuda contra él y no del inventario, ni tampoco del quinto en opinion de Febrero (Feb., Part. 2, lib. 1, cap. 6, en el que

podrán verse estas materias con toda la estension apetecible), quien funda en varias razones y testimonios de varios autores, contra otros que juzgan lo contrario. El lecho cotidiano que corresponde al cónyuge que sobrevive, debe entregarse aun cuando se le haya legado el quinto, y debe cargarse al caudal privativo del difunto.

El cónyuge que sobrevive, si contrae de nuevo matrimonio, tiene obligacion de reservar cierta clase de bienes á favor de los hijos del anterior, comprendiendo igualmente esta obligacion á la viuda que al viudo (L. 4, tít. 1, lib. 5 R., ó 5, tít. 2, lib. 10 N.) Los bienes que debe reservar son todos los que hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso ó legado, donacion entre vivos ó por causa de muerte, ó por otro cualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente y pertenezca á la que llaman *esponsalitia largitas*. En virtud de esta obligacion no puede enagenarlos, hipotecarlos, gravarlos ni disponer de ellos entre los hijos del siguiente matrimonio, ni entre otros parientes ni extraños, pues pierde la propiedad de ellos, y solo conserva el usufructo mientras viva, aunque sus hijos sean casados y velados, debiendo usar de ellos á arbitrio de buen varon, y quedando hipotecados tácitamente á su responsabilidad todos los

demás bienes que tenga (LL. 16, tít. 13, P. 5, y 1, tít. 2, lib. 3 del Fuero Real).

Deben reservarse igualmente los bienes adquiridos por los padres en virtud de sucesion intestada de alguno de sus hijos, entendiéndose esto de los que aquel habia heredado de su padre ó madre difunta, y no de los que hubo por otra parte, y tambien los adquiridos por la mujer por donacion de los parientes y amigos de su marido (Gomez en la ley 15 de Toro n. 7).

Mas no se estiende la reservacion á los adquiridos por testamento de alguno de los hijos, ó por algun otro acto voluntario de ellos (El mismo, n. 2), ni tampoco de la mitad de gananciales que debe haber por la muerte del cónyuge (L. 6, tít. 9, lib. 5 R., ó 6, tít. 4, lib. 10 N.)

Los bienes reservados se deben dividir con igualdad entre los hijos, sin que pueda darse por el padre mas á uno que á otro (Gomez citado n. 3); y si algunos se enagenaren por el que debia reservarlos, se sostendrá la enagenacion durante su vida, y se revocará en su muerte, porque podria suceder que sus hijos muriesen antes, en cuyo caso subsistiria la enagenacion (El mismo, n. 5).

Como el fundamento de la reservacion es el agravio que se supone hace al cónyuge difunto el que sobrevive pasando á otro matrimonio, y el fin

le de procurar que los hijos de aquel no resulten perjudicados por el nacimiento de los del último, cesa la obligación de reservar, si cuando muere el cónyuge que debió hacerlo ya no existen los hijos, á menos que haya dejado descendientes, en cuyo favor subsistiría la obligación (Acevedo sobre la ley 4, tít. 1, lib. 5 R. n. últ). Cesa también si el cónyuge que murió primero dió su consentimiento ó beneplácito al que le sobrevivía para que contrajese otro matrimonio, y también si éste se contrae de consentimiento de los hijos á quienes debia aprovechar la reservacion (El mismo n. 36, y Gomez en la ley 14 de Toro n. 6). Se disputa entre los autores si bastará que el consentimiento sea tácito, y Acevedo (En el n. 36) se inclina á que sí, con tal de que esté comprobado con algun hecho. En estos casos retiene el cónyuge la propiedad que deberia perder por el nuevo matrimonio (Gomez n. 3, y Acevedo en el 36).

CAPITULO IX.

DEL ÓRDEN QUE DEBE SEGUIR EL PARTIDOR EN LAS
DEBUCCIONES Y LIQUIDACION DE LA CUENTA
DE HIJUELA.

El contador partidador toma el inventario, la tasacion y los demás papeles relativos á la herencia; consulta al tribunal las dudas ó puntos difíciles de derecho que no puede resolver por sí mismo, para que éste los determine en la audiencia de los interesados, y allanadas las dificultades, procede á formar la liquidacion y adjudicacion en la forma siguiente:

En primer lugar se descuenta el importe de la *dote legítima y numerada* que la mujer acredite haber llevado al matrimonio y entregado á su marido. (L. 31, tít. 11. P. 4).

Despues de la dote se hace la deduccion de los *bienes estradotales ó parafernales*. (L. 3, tít. 11, lib. 10 N.)

Se descuentan del caudal hereditario *los bienes que el marido hubiese llevado como capital suyo al matrimonio, y los que durante éste haya adquirido por herencia ú otro título lucrativo*, despues de que hayan sido rebajados los bienes do-

tales y estradotales propios de la mujer, pues como fondo puesto en la sociedad, deben segregarse antes de proceder á liquidar los gananciales, si los hubiese; mas como en vez de éstos suele haber deudas, preciso es tratar ahora de ellas, porque á veces tiene que pagarse del capital del marido.

Las contraídas por cualquiera de los consortes antes del matrimonio, no deben rebajarse del caudal comun, pues cada cual está obligado á satisfacerlas de su propio caudal; teniendo presente que por deudas no solo se entienden las que dimanen de algun préstamo, fianza, venta ú otro contrato semejante, sino tambien los censos y otras cargas y responsabilidades á que están afectos los bienes propios de ambos consortes, pues solamente lo que resulta líquido y efectivo se llama herencia, y como tal es objeto de la particion.

Suponiendo, pues, que el marido llevó al matrimonio sesenta mil pesos de caudal, y despues resultó que debia antes diez mil, ó bien que á este se hallaba afecto un censo ú otra carga de igual suma que ambos consortes redimieron durante el matrimonio, en cualquiera de estos casos lo que realmente llevó el marido á la sociedad conyugal fueron cincuenta mil pesos, y estos son los que han de reputarse legítimo y efectivo capital suyo,

deduciéndole despues de la dote y demás bienes propios de la mujer y antes que los gananciales.

Si alguno de los consortes no hubiese llevado capital alguno, sino deudas que se pagaron con lo adquirido durante el matrimonio, esto menos le tocará de gananciales, en cuyo caso se separa para el consorte no deudor, igual cantidad á lo que se pagó por las deudas del otro, y se divide entre ambos por mitad el resto de los gananciales.

Tampoco se rebaja del caudal comun ni de los gananciales lo que cada uno de los consortes hubiere gastado en alimentar á sus respectivos padres pobres, ó en dotar y alimentar á los hijos que haya tenido de otro matrimonio, porque estas obligaciones son privativas del que las contrajo, y no comunes á la sociedad, á no ser que se hubiese pactado lo contrario ó que el otro no reclame el importe de dichos suplementos.

Las deudas contraídas por el marido ó por la mujer con su permiso y por entrambos durante el matrimonio en razon de la sociedad conyugal, han de pagarse de los gananciales que hubiere.

Si no hubiere gananciales, ó las deudas importaren mas que ellos, deberán estas deducirse despues del haber propio de la viuda, y antes de sacar el capital del marido, quien solo percibirá el residuo y nada mas, porque generalmente hablan-

do, él es quien debe pagar deudas á falta de gananciales, y no la mujer, cuya obligacion es solo subsidiaria ó accesoria á falta de bienes del marido, y aun para esto es necesario que se le haya seguido á ella utilidad de las deudas, ó que estas provengan de tributos ó derechos reales; de modo que aunque dichas deudas absorvan todos los gananciales y el capital del marido, no se prorataarán entre éste y la mujer, sino que él deberá pagarlas enteramente.

Deducidos del caudal inventariado los bienes que la mujer y el marido pusieron en la sociedad conyugal al tiempo de casarse y despues de casados, y las deudas contraidas durante su matrimonio, en la forma que acabamos de indicar, son incremento de la sociedad todos los que quedan; se llaman bienes gananciales, y deben dividirse por mitad entre los dos cónyuges, separando primero de su conjunto el lecho matrimonial para la viuda.

Si el marido entregó las arras á la mujer como aumento de dote, y ésta las incorpora bajo este concepto en la carta dotal, deberán deducirse del cuerpo de bienes juntamente con la dote; pero si no mediaron dichas circunstancias, y se hubiera empleado el importe de las arras en cosas útiles á la sociedad conyugal, se deducirán despues de la dote, á modo de los bienes estradotales; y así co-

mo la mujer no tiene derecho á que se le abonen éstos cuando los gasta en usos agenos del matrimonio, tampoco tiene derecho al abono de las arras cuando las empleó de esta manera.

Habiendo mediado solo promesa del marido en cuanto á las arras, y no entrega, se rebajarán del caudal propio del marido como deuda privativa de él, en el caso de no haber gananciales; pero si los hubiese, entonces, despues de rebajar la dote, los bienes parafernales, las deudas del matrimonio, el capital del marido, y la mitad de gananciales que corresponden á la mujer, se agregará la otra mitad de ellos al capital del marido, y de esta suma se descontará la décima parte, ó menos, segun lo que hubiere prometido en arras á la consorte, pues si se hiciera la deducion antes de dividirse los gananciales, saldria la mujer perjudicada.

La donacion esponsalicia hecha por el marido á la mujer, se deduce del cuerpo de bienes como cosa propia de ella; pero si hubiere arras y donacion, debe decir la mujer dentro de veinte dias que fuere requerida por los herederos del marido, cuál de las dos cosas prefiere, pues no puede llevarse sino una de ellas.

El luto debe rebajarse del caudal privativo del difunto como deuda contra él y no del cuerpo de bienes, porque entonces pagaria la viuda la mitad.

Los vestidos usuales ó diarios de la mujer se le deben entregar sin inventariarlos, á menos que los hubiese llevado en dote é incorporado en la carta dotal, pues entonces deben tasarse y adjudicárseles en cuenta de su haber.

Pero los vestidos de lujo que solo gastaba la mujer en días señalados; se anotarán en el inventario y se tasarán, agregando su importe al caudal comun, para aplicarlos luego á la mujer en cuenta del haber que le corresponda.

Cuando hay hijos de dos ó mas matrimonios, se han de formar tantas particiones cuantas sean los matrimonios, pues en cada uno hay que hacer diversas liquidaciones para averiguar el respectivo haber de las mujeres, y lo que por este corresponda á cada uno de los hijos.

Liquidados ya y separados los respectivos haberes de los consortes, y hechas del modo referido las correspondientes deducciones del caudal perteneciente al difunto, se procede á su particion entre los herederos del mismo.

Estos pueden ser legítimos ó estraños, y el repartimiento entre ellos debe hacerse segun el derecho que cada uno tenga por la ley ó por el testamento; pero aquí suponemos que sean hijos ó herederos legítimos ó forzosos, y aun suponemos tambien que algunos han sido mejorados en ter-

cio y quinto, y que otros recibieron del padre mas bienes que ahora deben colacionarse.

Vista la suma de que se compone la herencia, esto es, la suma que resulta del capital del padre y de la mitad líquida de gananciales que le pertenecen, se saca primero la quinta parte del total para el hijo mejorado en el quinto, quien debe satisfacer de él los gastos de entierro, misas y los legados; y luego se saca la tercera parte del caudal que queda, rebajado el quinto, para el hijo mejorado en el tercio, á no ser que el testador hubiere dispuesto se saque primero esta mejora, ó la hubiese hecho de antemano irrevocablemente; siendo de advertir que si son muchos los mejorados espresa ó tácitamente, debe repartirse igualmente la mejora entre todos ellos, á menos que el testador haya señalado á cada uno su cuota.

Practicadas estas dos rebajas, se hace la colacion, esto es, se aumenta al caudal que resta los bienes que el padre hubiera dado á los hijos mientras vivia, por razon de dote, donacion propter nuptias ú otro que no sea ni se entienda mejora, á fin de que contándoseles como parte de su legítima, se haga la division de la herencia con la debida igualdad entre todos los herederos.

Aumentada la herencia con los bienes traídos á colacion, se distribuye igualmente entre todos los

P. 4i.

hijos, dando á cada uno su porcion, que se llama legítima, en la cual se le imputa lo que ya hubiere percibido.

Y por último, se forman las hijuelas adjudicando y aplicando, así á la viuda como á cada uno de los herederos, los bienes que se estimen mas proporcionados para pago de sus respectivos haberes, segun la tasacion, bajo el supuesto de que si por haber pasado mucho tiempo padecieron deterioro algunos bienes, muebles ó semovientes, han de tasarse nuevamente para evitar perjuicio á los interesados.

CAPITULO X.

DE LA CUENTA DE DIVISION Y PARTICION, Ó HIJUELA.

Para que se comprenda perfectamente el mecanismo y el orden de la cuenta de division y particion, ó hijuela, pongo la siguiente fórmula esplicada, que he procurado esté al alcance de todos por su sencillez y claridad.

Fórmula esplicada de la cuenta general de division y particion.

Fulano de tal, partidior nombrado por N., S.,

P., &c., hijos y herederos de D. X., que falleció en tal fecha, bajo el testamento otorgado ante el escribano R., hago la liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó dicho D. X. entre sus herederos, con escrupuloso examen de su testamento, inventarios y otros papeles relativos á su desempeño, y para mayor inteligencia hago las suposiciones siguientes:

Suposicion primera.

(En estas suposiciones se pone la historia del caudal que se va á repartir, diciendo lo que la mujer llevó al matrimonio en dote; el capital que llevó el marido; los bienes que han adquirido despues ambos por herencia; los bienes que el padre haya dado á los hijos al casarse y que deberán traerse á colacion; dar idea del testamento que sirve para la particion, y hacer un relato de la formacion de los inventarios).

Concluidas las suposiciones, que serán tantas cuantas sean necesarias, toma el partidior por primera base la suma total de los inventarios, despues de ir narrando los bienes, bajo la siguiente fórmula:

hijos, dando á cada uno su porcion, que se llama legítima, en la cual se le imputa lo que ya hubiere percibido.

Y por último, se forman las hijuelas adjudicando y aplicando, así á la viuda como á cada uno de los herederos, los bienes que se estimen mas proporcionados para pago de sus respectivos haberes, segun la tasacion, bajo el supuesto de que si por haber pasado mucho tiempo padecieron deterioro algunos bienes, muebles ó semovientes, han de tasarse nuevamente para evitar perjuicio á los interesados.

CAPITULO X.

DE LA CUENTA DE DIVISION Y PARTICION, Ó HIJUELA.

Para que se comprenda perfectamente el mecanismo y el orden de la cuenta de division y particion, ó hijuela, pongo la siguiente fórmula esplicada, que he procurado esté al alcance de todos por su sencillez y claridad.

Fórmula esplicada de la cuenta general de division y particion.

Fulano de tal, partidior nombrado por N., S.,

P., &c., hijos y herederos de D. X., que falleció en tal fecha, bajo el testamento otorgado ante el escribano R., hago la liquidacion, cuenta y particion de todos los bienes y créditos que dejó dicho D. X. entre sus herederos, con escrupuloso examen de su testamento, inventarios y otros papeles relativos á su desempeño, y para mayor inteligencia hago las suposiciones siguientes:

Suposicion primera.

(En estas suposiciones se pone la historia del caudal que se va á repartir, diciendo lo que la mujer llevó al matrimonio en dote; el capital que llevó el marido; los bienes que han adquirido despues ambos por herencia; los bienes que el padre haya dado á los hijos al casarse y que deberán traerse á colacion; dar idea del testamento que sirve para la particion, y hacer un relato de la formacion de los inventarios).

Concluidas las suposiciones, que serán tantas cuantas sean necesarias, toma el partidior por primera base la suma total de los inventarios, despues de ir narrando los bienes, bajo la siguiente fórmula:

CUERPO DE BIENES.

TODOS LOS INVENTARIADOS.

En casas.....	20.000
En tierras.....	30.000
En alhajas, etc.....	_____
	50.000

Los trajes diarios de la mujer no se inventarían, á menos que se carguen en dote.

Hecha esta primera operacion con guarismos y esplicada en seguida con palabras, se hacen las liquidaciones de marido y mujer para sacar los capitales que llevaron al matrimonio, como se hace en toda compañía, bajo las fórmulas siguientes.

1ª LIQUIDACION CON LA MUJER.

Dote.....	}	5000
Parafernales.....		
Estradotales.....		

BAJAS.

Deudas particulates.....	}	1000
Trajes diarios que se estimaron en la dote.....		
Alimentos dados á parientes, dotes á hijos de otro matrimonio.....		
Líquido.....		4000

2ª LIQUIDACION CON EL MARIDO.

Propios del marido.....	}	6000
Lucrativos.....		

BAJAS.

Deudas particulares.....	}	2000
Luto.....		
Alimentos de sus parientes, dote á los hijos de otro matrimonio.....		

Líquido.....	4000
--------------	------

Hechas así y esplicadas con palabras, como ya dije, las liquidaciones, se deducen los capitales de marido y mujer del total de los inventarios, bajo la siguiente fórmula:

1ª DEDUCCION.

Total de inventarios.....	50000
Capital de la mujer.....	4000
Quedan de los inventarios.....	46000

2ª DEDUCCION.

Resto de inventarios.....	46000
Capital del marido.....	4000
Gananciales.....	42000

De manera que los inventarios de la sociedad matrimonial importaban 50.000 pesos, y sacados los capitales de los socios, resulta una utilidad que aquí se llama gananciales, de 42.000 pesos. Pues bien; como las deudas comunes de una compañía se han de pagar de las utilidades de los socios, es preciso sacarlas aquí de los gananciales, y esto se hará bajo la fórmula siguiente:

3ª LIQUIDACION.	
Gananciales.....	42000
BAJAS.	
Deudas comunes.....	} 6000
Tales y cuales.....	
	36000

Quedan, pues, 36.000 pesos de gananciales después de deducidas las deudas comunes, y la ley dispone que ahora se deduzca de esa suma el lecho de la mujer, bajo la fórmula siguiente:

4ª LIQUIDACION.	
Ganancial líquido.....	36000
BAJAS.	
Lecho para la viuda.....	1000
	35000

Y haciendo las deducciones sin especificar las deudas comunes, resultan las fórmulas siguientes:

3ª DEDUCCION.	
Gananciales.....	42000
Deudas comunes.....	6000
Gananciales restantes.....	36000

4ª DEDUCCION.	
Gananciales restantes.....	36000
Lecho.....	1000
Ganancial líquido.....	35000

Quedan, pues, 35.000 pesos de gananciales líquidos, que se dividirán por partes iguales entre marido y mujer, bajo las siguientes fórmulas:

5ª LIQUIDACION.	
Total de gananciales.....	35000
Mitad de gananciales de la viuda.....	17500

6ª LIQUIDACION.	
Total de gananciales.....	3500
Mitad de gananciales del marido.....	17500

Quedan, pues, para dividir los bienes del socio muerto, que importan 17.500, y se ponen bajo la siguiente fórmula:

CAPITAL DIVISIBLE 17500.

En seguida es preciso sacar el quinto, y esto se hace bajo la fórmula siguiente:

7ª LIQUIDACION.	
Capital divisible.....	17500
Hijo mejorado en el quinto.....	3500
Capital.....	14000
BAJA.	
Del 5º se baja el entierro, misas } y legados.....	1000
Residuo del 5º.....	2500

Luego se procede á saear el tercio bajo la fórmula siguiente:

8ª LIQUIDACION.	
Baja del 3º.....	14000
2º hijo mejorado en el tercio.....	4666
Capital.....	3334

En seguida se hacen las deducciones sin especificacion bajo las fórmulas siguientes:

7ª DEDUCCION	
Capital divisible.....	17500
Importa el 5º.....	3500
Capital restante.....	14000

8ª DEDUCCION.	
Capital restante.....	14000
Importa el tercio.....	4666
Capital restante.....	9334

Hecho esto, se procede á la colacion de los bienes entregados á los herederos por el testador ó el tribunal, bajo la siguiente fórmula:

Colacion de los bienes entregados á los herederos por el testador ó por el tribunal.

9ª LIQUIDACION.	
Residuo del capital.....	9334
Colacionado por los herederos en } tales y cuales cosas.....	6666
Capital.....	16000

Y haciendo el aumento sin especificar los bienes colacionados, sino tomando su total importe, resulta la fórmula siguiente:

9º AUMENTO.	
Residuo del capital.....	9334
Bienes colacionados.....	6666
Capital.....	16000

Aquí entra realmente la división de la herencia. Hechas ya las anteriores liquidaciones y deducciones preliminares, reúnanse los bienes propios del difunto con su parte líquida de gananciales para dividirlos entre los herederos, haciendo esto bajo la fórmula siguiente.

Divisoria de la herencia.

Reúnanse los bienes propios del difunto con su parte de gananciales para dividirlos entre los herederos.

10ª LIQUIDACION.	
Capital.....	16000
Bienes propios del padre.....	4000
	20000

En seguida se hace de nuevo la reunion del capital y gananciales, pero sin especificarlos, bajo la fórmula siguiente:

PRIMER AUMENTO.	
Capital.....	16000
Bienes propios del padre.....	4000
Capital á dividir.....	20000

Despues se procede á la particion bajo el plan siguiente:

CAPITAL PARTIBLE 20.000	
Tocan á cada uno de los 4 hijos....	5000

En seguida se procede á hacer á los hijos las liquidaciones, bajo las fórmulas siguientes:

11ª LIQUIDACION. Legítima del 1º 5000	12ª LIQUIDACION. Legítima del 2º 5000
13ª LIQUIDACION. Legítima del 3º 50000	14ª LIQUIDACION. Legítima del 4º 5000

Hecho esto, se procede á hacer la adjudicacion y pago á los herederos, bajo las fórmulas siguientes:

HIJUELA DE LA VIUDA.	
Su capital dotal líquido, deducidas las deudas.....	} 4000
Gananciales.....	
	17500
Haber de la viuda.....	21500
Adjudícansele bienes proporcionados por su tasacion, ó lo que se hubiere acordado en el juicio con los interesados.	

DEL HIJO 1º	
Su legítima.....	5000
Mejora del 5º.....	3500
	8500
Baja, legados.....	1000
	7500
Adjudícasele lo colacionado y el resto en bienes.	

DEL 2º	
Legítima.....	5000
Mejora del 3º.....	4666
	9666
Adjudícasele lo colacionado, ó bienes suficientes.	

DEL 3º Y 4º	
Legítima.....	5000
Legado.....	200
	5200
Adjudícansele bienes.	

En seguida, y bajo el título de "Declaraciones," se ponen las siguientes, ó las que vengan al caso, con la conclusion de la cuenta:

1.ª 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 ó responsabilidades que

resulten contra él, y que por no haberse tenido presentes no se han deducido; de suerte que todos los interesados quedan obligados proporcionalmente al pago de las segundas, como con igual derecho al percibo de las primeras.

2.º Igualmente se declara que si alguna ó algunas de las fincas raíces 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 testamentaria el imparte principal de ellas, las espensas que se originen á la persona á quien se han adjudicado, ó á la que en lo sucesivo la represente, caso de que se la nueva litigio sobre su reivindicacion, y los daños que esperimente deberán tenerse por menos caudal, y bonificarlo los otros partícipes, sin escusa, su respectiva parte, de modo que quede enteramente saneada del valor de lo adjudicado y de los perjuicios; pero deberá seguir y defender el pleito que se suscite, citando de eviccion conforme á derecho, y no de otra suerte, á los demás interesados, y hasta que se ejecutorie, no tendrá derecho á aquella repeticion.

3.º Asimismo se declara no se ha formado hijuela de deudas, por estar satisfechas, no solo las comunes que quedan deducidas, sino también las del quinto, con el dinero inventariado, por lo que

solo se ha distribuido lo líquido que ha correspondido á cada interesado.

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

5.º 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 demás diligencias que ocurran hasta la terminacion de todo, y los del curador ad litem del menor, no se han deducido; y así, 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 bajo 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.

Si quedase algo sin dividir por estar en litigio, se declara; y si hubiere motivo para hacer mas declaraciones, se harán.

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 les apliquen para su satisfaccion.

Ejemplo de un testimonio de hijuela:

"F., escribano, etc., certifico y doy fe en testimonio de verdad, que en la particion judicial de los bienes que quedaron por fallecimiento de N., hecha entre sus herederos, por N., contador nombrado por los interesados, comenzada tal dia, acabada tal, y aprobada por el señor juez D. F., en auto de tal, se encuentran adjudicados á N., uno de los herederos, los bienes que reza su hijuela, cuyo tenor es el siguiente (aquí la hijuela), segun consta de lo referido en dicha particion, que original obra en los autos de inventarios de los espesados

bienes, cuyas diligencias se han actuado por mi oficio, en el que existen por ahora. Y para que conste, á pedimento de N. y cumplimiento del citado auto, doy la presente, que signo y firmo en tal parte, á tantos."

Estas son las reglas generales para la formacion de la cuenta de division y particion, y no dejará de advertirse que el método del procedimiento consiste en la liquidacion y deduccion de cada capital, ya sea este de la mujer, ya del marido, ya de los herederos, ó en la liquidacion ó aumento de los que deben reunirse al cuerpo de bienes para su division.

El sistema adoptado es designar por la primera, segunda, tercera y demás liquidaciones, deducciones ó aumentos, las operaciones que deben sucederse en las bajas ó aumentos del capital, segun lo dispuesto por las leyes en su orden de preferencias, respecto de uno ú otro socio, ó de los mismos herederos ó interesados.

Las circunstancias propuestas pueden variar, pero no alterar el sistema. Si hubiere dos matrimonios, se observa el mismo método, y los gananciales que entraren en el segundo, con los nuevos aumentos, se dividirán por iguales partes entre los hijos del primero y segundo matrimonio, aplican-

do á los primeros la dote de la primera con los gananciales y los últimos aumentos, y á los segundos sus respectivos haberes de dote, etc.

Debe advertirse aquí de nuevo, que despues de hacerse con números cada operacion de las indicadas, se hará una esplicacion con palabras en la misma cuenta y al pié de cada operacion respectiva.

CAPITULO XI.

DE LA APROBACION JUDICIAL DE LA CUENTA Y PLAZO EN QUE ESTA DEBE LLEVARSE A EJECUCION.

Terminada así la cuenta de particion, la presentará el contador al juez, quien dará traslado de ella á los interesados, y si éstos no tienen reparos que poner, ó allanados los que le pongan, la aprobará el juez, sujetando por medio de su decreto á los interesados á estar y pasar por ella en todo tiempo, mandando ostenderles sus hijuelas y testimonios correspondientes, y así termina el juicio de inventarios. El auto del juez dirá poco mas ó menos:

“En tal parte, etc, el señor juez D. F., habiendo visto estos autos, dijo: Que aprobaba y aprobó la cuenta de particion formada por N., de los bienes y herencia de F. entre sus hijos y herederos

N., N. y N., que obra en estos autos desde la foja tal á tal, y obliga á los interesados á estar y pasar por ella; y manda que para título de los bienes que les van adjudicados, se libre testimonio á cada uno de ellos de la hijuela que respectivamente le pertenece: para todo lo cual interponia é interpuso su autoridad y judicial decreto cuanto basta y en derecho se requiere. Así lo proveyó, mandó y firmó,”

Aunque la ley no dice el tiempo en que debe concluirse la particion de la herencia, pero sí expresa que sea lo mas pronto posible, y generalmente se entiende un año, que es el tiempo fijado para la conclusion de los inventarios cuando los bienes están en distintos lugares (Tap., Febr. Nov., tom. 6, tít. 1, cap. 1 y 2, núms. 1 y 28).

SECCION SEGUNDA.

DE LOS JUICIOS DE ALIMENTOS.

CAPITULO UNICO.

Conviene saber en primer lugar qué cosa son alimentos; despues, quiénes deben darlos y á quiénes; y por último, de qué manera ó en qué juicio pueden reclamarse, en caso de que se nieguen.

Los alimentos consisten en las asistencias que

do á los primeros la dote de la primera con los gananciales y los últimos aumentos, y á los segundos sus respectivos haberes de dote, etc.

Debe advertirse aquí de nuevo, que despues de hacerse con números cada operacion de las indicadas, se hará una esplicacion con palabras en la misma cuenta y al pié de cada operacion respectiva.

CAPITULO XI.

DE LA APROBACION JUDICIAL DE LA CUENTA Y PLAZO EN QUE ESTA DEBE LLEVARSE A EJECUCION.

Terminada así la cuenta de particion, la presentará el contador al juez, quien dará traslado de ella á los interesados, y si éstos no tienen reparos que poner, ó allanados los que le pongan, la aprobará el juez, sujetando por medio de su decreto á los interesados á estar y pasar por ella en todo tiempo, mandando ostenderles sus hijuelas y testimonios correspondientes, y así termina el juicio de inventarios. El auto del juez dirá poco mas ó menos:

“En tal parte, etc, el señor juez D. F., habiendo visto estos autos, dijo: Que aprobaba y aprobó la cuenta de particion formada por N., de los bienes y herencia de F. entre sus hijos y herederos

N., N. y N., que obra en estos autos desde la foja tal á tal, y obliga á los interesados á estar y pasar por ella; y manda que para título de los bienes que les van adjudicados, se libre testimonio á cada uno de ellos de la hijuela que respectivamente le pertenece: para todo lo cual interponia é interpuso su autoridad y judicial decreto cuanto basta y en derecho se requiere. Así lo proveyó, mandó y firmó,”

Aunque la ley no dice el tiempo en que debe concluirse la particion de la herencia, pero sí expresa que sea lo mas pronto posible, y generalmente se entiende un año, que es el tiempo fijado para la conclusion de los inventarios cuando los bienes están en distintos lugares (Tap., Febr. Nov., tom. 6, tít. 1, cap. 1 y 2, núms. 1 y 28).

SECCION SEGUNDA.

DE LOS JUICIOS DE ALIMENTOS.

CAPITULO UNICO.

Conviene saber en primer lugar qué cosa son alimentos; despues, quiénes deben darlos y á quiénes; y por último, de qué manera ó en qué juicio pueden reclamarse, en caso de que se nieguen.

Los alimentos consisten en las asistencias que

se dan á alguna persona para su manutencion y subsistencia, esto es, para comida, vestido, recobro de la salud y habitacion (L. 2, tít. 19, P. 4). Los alimentos son de dos clases: unos que se deben por equidad natural ó por inmediato parentesco, y otros por oficio del juez, en virtud de algun contrato ó testamento.

Tienen obligacion de dar alimentos por equidad natural, los padres á sus hijos, y éstos á aquellos (L. 2, tít. 19, P. 4); y si los padres ó los hijos estuvieran pobres, se estenderá la obligacion á los demás ascendientes y descendientes que tuvieren facultades (L. 4 del mismo). Entre los hijos se comprenden los naturales, y aun respecto de la madre y ascendientes maternos, los adulterinos é incestuosos (L. 5 del mismo y su glosa). En suma, esta obligacion de alimentar es recíproca en la línea recta de ascendientes y descendientes (L. 4 del mismo y su glosa). Por lo que hace á la línea lateral, casi todos los juriconsultos son de opinion que el hermano está obligado á dar alimentos á su hermano pobre, sin embargo de no hallarse sobre este punto determinacion alguna en nuestras leyes; pero dicha opinion parece la mas conforme á la razon y á la equidad natural.

Cuando se separan dos personas casadas, debe alimentar á los hijos aquella que dió motivo á la

separacion; mas si fuere pobre y el otro consorte rico, pasa á éste la obligacion (L. 3, tít. 19, P. 4). Por lo demás, el deber de alimentar á los hijos hasta los tres años, corresponde á la madre (L. 3 del mismo), y de esta edad en adelante, al padre, á menos que éste fuere pobre, y aquella tuviere por sí facultades para hacerlo.

Ya hoy los poseedores de mayorazgos no están obligados á dar alimentos á sus inmediatos sucesores, en virtud de la ley de 7 de Agosto de 1823 que quitó estas vinculaciones, y segun los fundamentos mas probables.

Cesa la obligacion de dar alimentos cuando el que los ha de recibir comete contra el que los ha de dar alguna de aquellas especies de ingratitud que son justas causas para la desheredacion (L. 6, tít. 19, P. 4, y la glosa 3 de Greg. Lóp.); mas si un hijo desheredase á su padre (ó un padre á su hijo, segun algunos intérpretes) por justa causa, instituyendo heredero á un extraño, estará éste obligado á dar alimentos al padre ó hijo desheredado del testador, en el caso de que fuese pobre (Lo dice al fin la ley 6 citada respecto del padre).

Estos alimentos, que se dan por equidad natural, los deben solo los ricos á los pobres; y los que se dan por oficio del juez, en virtud de algun contrato ó testamento, los deben todos los que

prometieron solemnemente, pues la obligación de cumplir un contrato incumbe no solo á los ricos, sino tambien á los pobres.

Acerca de la manera de reclamar los alimentos, en caso de que se nieguen, deberá ser en juicio sumario (L. 7, tít. 19, P. 4, y artículo 417 de la ley de 29 de Noviembre de 1858), por ser asunto urgente, segun aquel principio que dice: "venter non patitur dilationem."

El modo de proceder en el juicio consiste en que el actor presente su demanda, acompañando los documentos que prueben su parentesco con la persona de quien reclama los alimentos, ú ofreciendo informacion.—El juez manda correr traslado por tres dias, y contestada la demanda dentro de ese plazo, ó acusada rebeldía si no se contesta, se recibirá á prueba el negocio, si fuere necesario, ó lo fallará el juez dentro de ocho dias si no lo fuere; en el concepto que el término de prueba será á lo mas de treinta dias, y dentro de él se podrán producir y probar las tachas que tuvieren los testigos. Pasado el término de prueba, se concederán seis dias á cada parte para los alegatos, y venidos los autos, fallará el juez dentro de ocho dias (Art. 414 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, que está conforme con la práctica antigua). En este juicio, como sumario, no se admitirán mas

artículos de prévio especial pronunciamiento, que los que son admisibles en el juicio ordinario (Art. 415 de la misma ley). En el juicio de alimentos, la sentencia definitiva ó las interlocutorias con fuerza de tal, son apelables solo en el efecto devolutivo (Art. 416 de la misma).

Vistos ya los trámites del juicio de alimentos, pondré un ejemplo del escrito que se presenta, y que dirá poco mas ó menos, segun los casos:

"Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, apoderado de Doña N., segun consta del documento que en tantas fojas debidamente acompaño, ante usted, etc., digo: que en tal fecha, y por uno de aquellos descariós de que por desgracia no está esenta la debilidad humana, la señora mi representada tuvo relaciones con D. S., de las cuales resultó un niño, que lleva por nombre T. Hubiera seguido oculto en profundo misterio el origen de esta criatura, siquiera por salvar la honra de los que le dieron el sér, si por desgracia el referido D. S., su padre, no se resistiera á darle los alimentos á que está obligado por la equidad natural y por la ley, que previene que los padres alimenten á sus hijos. El espresado niño T. tiene cinco años

de edad, y su educacion exige gastos que la madre no puede satisfacer por su notoria pobreza. En tal virtud, pido á usted en nombre de mi representada Doña Fulana de tal, se sirva recibir informacion al tenor de este escrito, para que comprobada la filiacion del niño T. se le asigne la cantidad que deberá pasarle su padre para alimentos. Juro lo necesario.

A usted suplico, etc.”

De este escrito se corre traslado al presunto padre del niño, y sigue el asunto los trámites indicados.

No solamente los alimentos que se deben por equidad natural ó parentesco se reclaman en juicio sumario de la manera que he indicado, sino aun los que se deben como resultado de un contrato que causa sueldos, honorarios ó salarios. De manera que los dependientes de las casas de comercio ó particulares pueden reclamar en juicio sumario los sueldos que se les deben, puesto que de ellos viven, y se consideran por lo mismo como alimentos; debiendo decirse igual cosa de los abgados por sus honorarios, y de los mozos y criados por sus salarios que se les deban.

SECCION TERCERA.

DE LOS JUICIOS DE ARRENDAMIENTOS.

CAPITULO UNICO.

Arrendamiento es un contrato en que convienen los contrayentes que por el uso de una cosa ú obras de la persona ó bestia se dé cierto precio en dinero.

La voz arrendamiento es el género del contrato, y las especies son ó el *arrendamiento* propiamente dicho, si se trata de heredades ó casas, ó *alquiler* si se trata de bestias, ó *ajuste* si se trata de obras de la persona.

Todas las disputas, pues, que provengan del contrato de arrendamiento de casas ó desocupacion de ellas, deberán ventilarse en juicio sumario, segun la ley 8, tít. 10, lib. 10 de la N., y el artículo 417 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, siguiendo el juicio los mismos trámites que se han espresado en el de alimentos.

Pondré ejemplo del escrito sobre falta de cumplimiento en el arrendamiento de una casa:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano, ante usted, etc., digo: que en tal fecha arrendé mi casa á D. N. bajo tales

condiciones, que constan en el contrato celebrado ante el escribano X., y cuya escritura acompaño en tantas fojas. El espresado D. N. no ha cumplido absolutamente con las cláusulas tales de esa escritura de arrendamiento, como estoy dispuesto á probarlo; y en tal virtud,

A usted suplico se notifique al repetido D. N. que cumpla con las referidas condiciones dentro de tal término, pagándome, además de los réditos que me debe, los daños y perjuicios que se me han seguido, ó que de no hacerlo, desocupe la casa inmediatamente. Es justicia que juro, etc.

Antes de poner ejemplo del escrito sobre desocupacion de casa, es preciso dar aquí una explicacion sobre los motivos que pueden solo provocar este paso.

Si el arrendatario paga con puntualidad el precio, no puede el locador quitarle la cosa arrendada mientras dure el tiempo fijado para el arrendamiento, aunque otro le ofrezca mayor precio (L. 6, tít. 8, P. 5); pero si es casa ó tienda, puede el dueño quitársela por las causas siguientes que expresa la ley (La misma). La primera es cuando se cae la casa en que vive el dueño, ó una parte

de ella, ó amenaza ruina y no tiene otra en que mudarse, ó tiene enemistad en la vecindad en que mora, ó algun motivo grave porque no puede vivir en ella, ó si casase alguno de sus hijos, ó los hiciese caballeros. La segunda es si despues que la arrendó aparece que la casa necesita repararse, porque se podria derribar; pero en estos dos casos espresados está obligado el dueño de la casa á dar al arrendatario otra igualmente cómoda hasta cumplirse el contrato, ó á descontarle de la renta la parte respectiva. La tercera es cuando el que tuviere la casa hiciese mal uso de ella, ó deteriorándola, ó llevando malas mujeres ó malos hombres, de que se siguiese mal á la vecindad. La cuarta es si arrendada la casa por cuatro ó cinco años, pagando renta anual, se pasasen dos años sin pagarla.

Esto es en cuanto á los arrendamientos de casas por tiempo fijo; pero cuando no se fija plazo, además de poderse pedir por el dueño la desocupacion de la casa por los motivos espresados, la podrá exigir por otros varios, como son, por ejemplo, el que la casa se venda, ó cuando los dueños intentaren vivirla, pues entonces los inquilinos la dejarán dentro de cuarenta dias, dando fianza los dueños de habitarias por sí mismos y no arrendarlas hasta pasados cuatro años (L. 8, tít. 10, lib.

10 de la N.) ó tambien cuando se pactó que el inquilino dejaría la casa luego que se la pidiese el dueño.

He aquí un ejemplo de escrito pidiendo la desocupacion de una casa:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano, ante usted, etc., digo: que en tal fecha arrendé la casa situada en tal parte, que es de mi propiedad, á D. X. bajo las condiciones que constan en la escritura pública ó privada que acompaño en tantas fojas. Por los motivos tales y cuales me veo precisado á tener que ir á habitar la referida casa de mi pertenencia, y como D. X. no quiere mudarse á pesar de las instancias que le he hecho para que lo haga, me veo en el caso de dar un paso judicial; y en tal virtud,

A usted suplico se notifique á D. X. me vacíe la habitacion indicada que ocupa, dentro del término que se le señale con arreglo á la ley, apercibido de lo que haya lugar. Juro lo necesario, etc.

En los juicios que se ofrezcan sobre arrendamientos de fincas rústicas, deberá consultarse el decreto de 8 de Junio de 1813; y cuando se trate de fincas urbanas, podrá verse la ley 8, tít. 10, lib. 10 de la N.

SECCION CUARTA.

DEL JUICIO DE APEO Ó DESLINDE.

CAPITULO UNICO.

Antes de pasar á tratar de la práctica de esta clase de juicios, véamos lo que se entiende por límites ó linderos de una propiedad y la manera de probarlos.

Por límites se entienden las piedras, árboles ú otras señales que se ponen para dividir los términos ó linderos de las heredades de los particulares ó de los territorios de los pueblos. El que mude maliciosamente las cercas ó designaciones que separan una heredad de otra, comete delito semejante al hurto, debe pagar por cada una cincuenta maravedises de oro con destino al fisco; pierde su derecho en la parte de heredad que procuró adquirir por este medio, y no teniendo derecho en ella, hará restituirla con otro tanto de la suya.

Lo mismo se entienda respecto del que mude los mojones divisorios de términos de pueblos, castillos ú otros lugares.

Suelen ser muy frecuentes las contiendas y litigios sobre límites de los terrenos y heredades. Siempre se presume que los términos antiguos

conservan su primitivo estado; pero si las designaciones se han alterado ó no aparecen, y se duda dónde se hallaban puestos, es preciso señalar de nuevo los términos, procurando venir en conocimiento de ellos por todos los medios posibles.

Estos medios pueden ser los siguientes:

1.º La posesion justificada con documentos ó deposiciones.

2.º Los monumentos antiguos, v. g., zanjas, árboles, los censos anteriores al pleito, como tambien la fama antigua, las presunciones y otras circunstancias; si bien contra esto podrá hacerse una prueba superior, fundada en las sucesiones y aumentos ó disminucion de las heredades por la voluntad ó disposicion de los poseedores.

3.º El pago de los derechos de alcabala y el de diezmos de los frutos del terreno litigioso á cierta y determinada poblacion.

4.º El ejercicio en el territorio sobre que se controvierte, de la jurisdiccion civil y criminal por las justicias de un pueblo, llevando su vara, prendando los ganados y prendiendo á sus pastores por introducirse á pastar en dicho territorio.

5.º La mayor ó menor distancia, de modo que se cree pertenecer á cualquier pueblo los términos adyacentes.

6.º Las escrituras de amojonamiento.

7.º Los testimonios de testigos fidedignos que tengan entero conocimiento de los sitios.

8.º Los mapas geográficos ó topográficos hechos para la utilidad pública ó por conveniencia de las partes.

9.º El juicio de peritos.

10. El reconocimiento hecho por el juez en la forma indicada en los juicios ordinarios por medio de la inspeccion ocular. En cuanto á los procedimientos que tienen lugar en el juicio de apeo ó deslinde, son los siguientes:

Quando alguno quiere amojonar sus heredades por haber confundido el tiempo sus linderos, acude al juez del lugar para que, con presencia de los instrumentos que exhibe, se sirva hacer el apeo haciéndolo saber á los dueños confinantes que sean ciertos; fijándose para los inciertos, edictos que deberán ser de nueve en nueve dias, asentando el escribano por diligencia haber quitado el uno y puesto el otro, librándose requisitorios para los que se hallen en otra jurisdiccion, y encargando á todos nombren peritos agrimensores, con apercibimiento de hacerlo de oficio, señalándose por su parte el que le parezca. A este pedimento se provee de conformidad, asignándose el dia, hora y lugar en que se ha de comenzar el apeo. Cum-

plido el auto, se notifica á los peritos para que acepten, y haciéndolo, se les toma juramento de que cumplirán bien y lealmente con su encargo.

Llegado el dia señalado, se trasladan al lugar en que debe comenzarse el apeo, el juez, el escribano y los peritos, y se da principio; y no concluyéndose en el dia, se asienta la diligencia para continuar al dia siguiente.

Si al tiempo de estarse practicando el apeo, hace alguna protesta cualquiera de los interesados, se admite sin suspender las operaciones, y concluidas éstas, pide el que solicitó el apeo al juez lo epruebe, interponiendo su decreto: de esta petición se da traslado á los confinantes en la forma en que se les citó, con apercibimiento de aprobarlo si no acuden dentro de determinado tiempo á pedir su nulidad. Si no lo hacen, los acusa el actor de rebeldía, y en su consecuencia se aprueba en cuanto haya lugar en derecho. Mas si salen dentro del término señalado, se les oye en juicio ordinario.

El juez debe aprobar el apeo, estando hecho "rite et recte", pero sin perjuicio del derecho de las partes; y no se debe poner á nadie en posesion en virtud de él, porque no se ha contenido sobre esto, y solo se ha tratado de linderos; pues todas estas gestiones, lo mismo que las que se dicen

"ad perpetuan," mas bien son diligencias, informaciones ó probanzas que hace la parte interesada para el efecto que haya lugar cuando le convenga hacer uso, que juicio, cuyo nombre se les da impropriamente; y aunque segun las palabras de la ley no deberian admitirse estas probanzas, por la urgente necesidad que puede haber, y el peligro de que perezca el derecho de la parte si no se hicieran cuando se solicitan, se permite que se hagan fuera del orden general y antes de que haya habido demanda y contestacion.

(Véase sobre esto á Elizondo, Práct. univer., for., tom. 3, pág. 107 y 4, pág. 230; y á Tápia, Febrero novísimo, tom. 1.º, lib. 2, tít. 1, apéndice al cap. 1).

LIBRO QUINTO.

DE LOS JUICIOS SUMARISIMOS DE POSESION, Y DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

SECCION PRIMERA.

DE LOS JUICIOS SUMARISIMOS DE POSESION.

CAPITULO I.

DE LOS INTERDICTOS EN GENERAL, Y EN PRIMER LUGAR DE LOS POSESORIOS.

A los juicios sumarísimos de posesion se ha dado el nombre de interdictos por las acciones que se entablan en ellos y que se denominan así.

Se llaman interdictos ciertas acciones extraordinarias que tienen lugar cuando se trata sobre la posesion ó cuasi posesion de una cosa ó de un derecho. Los interdictos se dividen en posesorios, prohibitorios, restitutorios y exhibitorios, pues aunque todos ellos son posesorios por referirse siempre á la posesion, sin embargo, hay algunos que se refieren mas inmediatamente á ella; otros en que se prohíbe algo relativo tambien, aunque

menos directamente á la posesion; otros en que se manda restituir alguna cosa á su primer estado; y otros, por fin, en que se manda exhibir alguna cosa. Hablaré primero de los posesorios.

Los interdictos posesorios pueden ser de tres maneras: para adquirir por primera vez una posesion que no se tenia, para retener una posesion que se nos quiere usurpar, y para recobrar una posesion de que se nos ha despojado violentamente.

Del interdicto para adquirir la posesion que no se tenia, se encuentran principalmente dos ejemplos en las leyes. Redúcese el primero á que presentándose uno ante el juez con un testamento otorgado en forma, no raído ni cancelado, en el cual se halle instituido heredero, debe el juez entregarle la tenencia y posesion de los bienes hereditarios, sin que tenga derecho para detenerlos cualquiera que se halle poseedor de ellos, alegando que el testamento era falso, ó que no pudo otorgarlo el que lo hizo por estarle prohibido ó por otra causa semejante; á menos que se ofrezca luego á probarlo, en cuyo caso deberá el juez detener la entrega y recibir pruebas en razon de ello (L. 2, tit. 14, P. 6). El segundo ejemplo muy parecido al primero, se encuentra en una ley recopilada (L. 3, tit. 34, lib. 11 N.), la cual manda que el juez ponga en posesion pacífica de los bie-

neas hereditarios á los hijos ú otros parientes inmediatos que tengan derecho de heredar al difunto por testamento ó abintestato, prévia la debida informacion de ello; y manda al mismo tiempo que nadie ose tomar posesion de dichos bienes á título de que se halla vacante la herencia, y que los herederos no la han tomado corporalmente, so pena que los que entraren ó tomaren tales bienes sin licencia ni autoridad del juez competente, pierdan por el hecho mismo, todos los derechos que en ellos tenían y les pertenecian en cualquier manera, y si derecho en ellos no tuvieren, que restituyan los bienes tomados con otros tales y tan buenos, si pudieren ser habidos, ó la estimacion de ellos, procediendo en todo esto la justicia *sumariamente sin figura de juicio*, aunque apoyándose en plena prueba, como dice Acevedo en dicha ley 3, nn. 72 y 73.

Pondré ejemplos de los escritos que en ambos casos se presentan pidiendo la posesion, comenzando por el primero:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante usted, por el ocursio que mas haya lugar en derecho y salvas las protestas oportunas, digo: que D. N. de tal ha fallecido en tal fecha en esta ciudad, se-

gun consta de la partida de entierro que acompaño, y bajo testamento otorgado en tal otra ante el escribano cual, en el que me nombra heredero de tales y cuales bienes, segun aparece de dicho testamento que debidamente acompaño. Por tanto,

A usted suplico que habiendo por presentados ambos documentos, se sirva mandar se me dé la posesion hereditaria de dichos bienes, por ser justicia que juro con lo necesario.”

El juez concederá la posesion desde luego, pero sin perjuicio de tercero que tenga mejor derecho; y si alguno sale oponiéndose, alegando falsedad del testamento ó nulidad de él, si se ofrece á probarlo prontamente, se le admite con citacion de la contraria; y si las pruebas son dilatadas, se quedan para el juicio plenario de posesion, que es como un juicio ordinario.

El ejemplo del escrito en el segundo caso dirá poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante usted, etc., digo: que en tal fecha ha fallecido en esta ciudad D. N. de tal, segun consta de la partida de entierro que debidamente presento, sin haber dejado descendientes ni ascendientes, y con

tales y cuales bienes; y como yo soy su hermano, segun consta de la partida de bautismo que también acompaño, y como no sé que haya hecho testamento alguno, á usted pido que habiendo por presentados dichos documentos (ó recibida informacion si no se presentan los bastantes), se sirva declararme heredero abintestato de mi espresado hermano, y mandar en consecuencia se me dé la posesion hereditaria de dichos bienes. Por tanto,

A usted suplico, etc."

El juez provee lo mismo que en el anterior, ó recibe la informacion, si fuere necesaria, y luego determina en justicia.

La segunda clase de interdictos posesorios es la de los que se llaman para retener ó de amparo. Usase de esta clase de interdictos cuando dos tratan de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y cada uno de ellos pretende poseerla, cuya discusion debe preceder al juicio petitorio, pues para dirigir su accion real, debe probar el actor que el reo posee, como ya se ha dicho, y no puede haber litigio de propiedad sin que uno sea actor ó demandante, y el otro poseedor. Por consiguiente, es preciso decidir la posesion interina antes de entablar el juicio petitorio, evitándose ade-

más por este medio las pendencias que podrian suscitarse con motivo de esta momentánea posesion.

Corresponde el interdicto de amparo á todo el que tiene la posesion, ya sea la natural, que es la que uno tiene por sí mismo corporalmente, ya sea la civil, que es la que tiene por otorgamiento de la ley, como cuando alguno sale de su casa ó heredad con ánimo de no desampararla; pero no compete á los meros detentadores, como el comodatarío, el depositario y otros que tienen la cosa en nombre ajeno, pues éstos, á lo mas, podrán implorar el oficio del juez si fueren espelidos ó despojados, para que los restituya ó reintegre contra los que turbaron su detencion. Y es de saberse que para que corresponda este interdicto al poseedor, se requiere que no tenga la posesion dimanada de su adversario por fuerza, clandestinamente, ni en precario ó á ruegos, bien que no le servirá de obstáculo el tenerla de otro extraño por uno de los tres medios referidos.

No solo corresponde este interdicto contra otro que pretenda la misma posesion, sino tambien contra aquel que sin pretenderla nos inquieta y molesta en la que tenemos, no dejándonos usar de la cosa á nuestro arbitrio, v. g., sembrar, cavar, labrar, edificar (Gom. Negr. á la ley 45 de Toro n. [®])

170). El que intenta en este caso el interdicto, debe probar que es poseedor al tiempo de la contestacion del pleito, y que el demandado le turba en la posesion, pidiendo en consecuencia que el juez declare ser él el poseedor, mande que el reo no le moleste en lo sucesivo en su posesion, y le pague los perjuicios que le haya causado por ello, debiéndolo declarar así el juez.

Por un auto de 7 de Julio de 1762 (Véase Beleña, t. 3, n. 84) mandó la Audiencia de Méjico que las provisiones que algunos sacaban para ser amparados en tierras, aguas ú otras cosas, se entendiesen ser incitativas, y que las partes para usar de ellas espresasen individualmente términos y linderos, como tambien los colindantes, con cuya prévia judicial citacion y prefijo señalamiento de término competente, justificasen estarlo poseyendo: y que si dichos colindantes querian dar justificacion de lo contrario, la admitiesen las justicias, determinando luego con vista de todo, y ejecutando sobre ello sumariamente lo mas conforme á justicia.

La sustanciacion del interdicto de amparo ó de retener la posesion, es como sigue: El demandante presenta un escrito concebido poco mas ó menos en estos términos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante usted, etc., digo: que como consta de los documentos que debidamente acompaño, me hallo en posesion de los terrenos tales y cuales, pertenecientes á la hacienda tal, y que colindan con tales tierras; y como á cada rato me veo estorbado en la posesion de mis dichos terrenos por los desmanes de D. Fulano N., dueño de tales ó cuales, que lleva sus ganados á pastar allí, impidiéndome el pleno ejercicio de mis derechos, á usted pido se me reciba informacion al tenor de este escrito, y recibida que sea, se me ampare en mi posesion, para que la disfrute sin ser molestado por persona alguna, haciéndolo así saber al espresado D. Fulano N., para que no me vuelva á perturbar en ella, y condenándole á pagar los perjuicios causados. Por tanto,

A usted suplico, etc.”

El juez provee: “Por presentado con los documentos que se acompañan. Cítese á la otra parte para recibir la informacion que se solicita.”

En ese término de quince dias se rinden las informaciones, y la parte demandada será tambien

oída. Se hace luego publicacion de probanzas y se alega de bien probado dentro de tres dias, y luego se pronunciará la sentencia dentro de cinco dias.

Cuando se intenta el interdicto de amparo porque dos tratan de litigar sobre la propiedad de una cosa y cada cual pretende poseerla, cuya discusion, como ya dije, debo preceder al juicio petitorio, la sentencia que se da es interlocutoria, porque solo es interina mientras se decide el pleito principal sobre la propiedad ó posesion plenaria de la cosa; y así suele concebirse dicha sentencia en estos términos: "Entre tanto que este pleito se ve y determina definitivamente, sin perjuicio del derecho de las partes en posesion y propiedad." — Pero en los demás casos, como en el ejemplo que pase, la sentencia es definitiva y se admite apelacion en el efecto devolutivo, siguiendo el negocio en segunda instancia, y en tercera, si la admite, lo mismo que en la via ordinaria.

El tercer interdicto posesorio es el que se llama de recobrar, y se usa cuando alguno ha sido despojado violentamente de la posesion de una cosa contra el que le despojó, á fin de que se le restituya con daños y perjuicios. La ley dispone que al que está en posesion de una cosa no se le quite sin que primero sea oído y vencido en juicio (L.

2, tit. 34, lib. 11 de la N.), de suerte que ni aun valga la real cédula que se espida en contrario; porque en caso de duda, es mejor la condicion del que posee, y así, no probando el contrario su intencion en la forma debida, se debe conceptuar el otro por poseedor, aunque ningun título tenga para ello (L. 28, tit. 2, P. 3). Acerca de este interdicto, la Audiencia de Méjico habia igualmente determinado (Auto de 7 de Enero de 1774: véase la cita anterior de Belesía) que las provisiones que algunos sacaban para ser restituidos con solo la narrativa de haber sido despojados de tierras, aguas ú otras cosas, se entendiesen ser incoitativas, y que para usar de ellas las partes, espresen individualmente aquello de que se quejaban despojados y pedian la restitucion, con señas y vientos de sus términos y linderos, como tambien las personas que dicen las despojaron y demás colindantes, con cuya prévia judicial citacion y señalamiento de prefijo término competente, justificasen el despojo y posesion que tenian al tiempo y cuando se les causó; y que si el despojante ó colindante querian con nueva igual citacion dar justificacion en contrario, la admitiesen las justicias ordinarias, determinando luego con vista de todo, y ejecutando sobre ello sumariamente lo mas conforme á justicia, y ya nosotros dijimos que ni aun se necesita

el remedio de la conciliacion para estos juicios (Véase "Conciliacion"). El art. 92 de la ley de 23 de Mayo de 1837, manda, á imitacion de otro art. de la ley de 9 de Octubre de 1812, que cualquiera persona que fuese despojada ó perturbada en la posesion de alguna cosa profana ó espiritual, sea eclesiástico, lego ó militar el perturbador, acudirá al juez letrado para que la restituya y ampare; conociéndose en estos recursos por medio del juicio sumarísimo que corresponda, y aun por el plenario de posesion si las partes lo promovieren, con las apelaciones al tribunal superior respectivo, reservándose el juicio de propiedad á los jueces competentes. Está de acuerdo con estas prevenciones el artículo 418 de la ley de 29 de Noviembre de 1858.

Ya dijimos á quién corresponde este interdicto, y resta advertir que á diferencia del de amparo, se da aun contra aquel de quien se posee por fuerza, clandestinamente ó por precario; pues lo que importa es que el despojado sea restituido ante todas cosas en su posesion; diferenciándose asimismo el interdicto de amparo en que en este debe constar que está uno en posesion, y en aquel que la ha perdido por fuerza. Este interdicto para recobrar la posesion, tiene lugar en el despojo de fundos, edificios y otros bienes raíces poseidos civil ó natu-

ralmente, y en el de cosas incorpóreas, como servidumbres y otros derechos; pero no en el de los muebles, pues para estos se intenta la accion de hurto ó rapiña, á menos que los muebles estén juntos con los inmuebles, y entonces se intenta por ambos.

Asimismo se puede intentar el interdicto de despojo contra el juez incompetente, pues por carecer de jurisdiccion se reputa persona privada; y aun contra el competente que despojó de la posesion sin conocimiento de causa, porque por haberse escedido de los límites de su oficio, se reputa incompetente. Lo propio milita, aunque proceda legalmente, si en la sentencia cometió algun exceso ó vicio sustancial.

Acerca de la sustanciacion de este interdicto, diré que el despojado presentará un escrito en estos términos poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

"Fulano de tal, ante usted, etc., digo: que he estado poseyendo quieta y pacíficamente tal finca ó campo, situado en tal parte y con tales límites por el espacio de mas de un año, y cuando me preparaba á hacer tal uso de ella, ó á sembrar dicho campo, me encuentro con que en la finca se me ha privado de

tal uso, ó de tal cosa, ó con que M., vecino de mi campo, se ha introducido en él violentamente con sus ganados, ó está labrando una gran parte de él, en lo cual me ha causado un notable despojo; y á fin de que se contenga el dicho D. M., suplico á usted se sirva admitirme informacion sumaria de testigos al tenor de los hechos espuestos, y dada en la parte que baste, mandar que se me restituya en la posesion de dicha finca ó tierra, condenando al citado D. M. en todas las costas como detentador, y haciéndosele saber no vuelva á inquietarme ni á perturbarme en mi posesion, pues de lo contrario será castigado como corresponde. Por tanto,

A usted suplico, etc."

El juez provee: "Recíbese la informacion, citando á la contraria." El despojante tambien puede rendir informacion por su parte, y rendidas ambas, se hace publicacion de probanzas, se alega de bien probado dentro de tres dias, y fallará el juez dentro de cinco.

Para usar de este interdicto por via de accion, tiene el despojado el término de un año útil; pero para intentar por via de escepcion dura perpetuamente, porque lo que debe demandarse en tiempo limitado es perpetuo para escepcionarse (Febr.

de Tap., tom. 3, lib. 3, tít. 1, cap. 2, núm. 10). No se puede intentar este interdicto contra los menores, fátuos ni locos, ni compete á los hijos contra sus padres, aunque se permite que les demanden la cosa para que la devuelvan (L. 10, tít. 10, P. 7).

He aquí el resumen de los procedimientos que deberán seguir los interdictos, y que se previenen en los artículos 419 y 420 de la ley de Noviembre de 1858.

En los juicios de amparo ó restitucion de posesion, se observarán las disposiciones siguientes: La parte que pida, lo hará espresando individualmente aquello de lo que pide el amparo ó la restitucion, con señas y vientos de sus terrenos y linderos, y designando quién es el perturbador ó despojador y los colindantes si los hubiere. El juez, en vista de esta demanda, citará desde luego al perturbador ó despojador, instruyéndole de la demanda, y señalará un término que no pase de quince dias, dentro del cual deberá justificar el actor su intencion, recibiendo igualmente dentro del mismo término la justificacion que en contrario ofreciese el demandado. Hecho esto, mandará correr traslado de los autos á las partes, con término de tres dias á cada una, para que aleguen de su derecho, y con vista de todo, fallará dentro

de cinco dias, y ejecutará su determinacion inmediatamente, no admitiendo la apelacion sino en el efecto devolutivo.

Si en este juicio se alegaren escepciones dilatorias ó perentorias, no se formará nunca artículo especial sobre ellas, ni se concederá otro término de prueba que el de la informacion que queda señalado, y se calificarán todas en la sentencia definitiva. Mas si alguna de estas escepciones fuere la de incompetencia, y el juez se considerare sin jurisdiccion, lo declarará así, absteniéndose de fallar sobre lo demás.

Del juicio de tenuta.

Como en el juicio de tenuta se intenta desde luego la posesion de bienes con una accion que puede considerarse como un verdadero interdicto posesorio, hablaré en este lugar del referido juicio.

El juicio de tenuta tiene lugar cuando hay duda acerca de quién sea el sucesor de un mayorazgo, y se presenta alguno pidiendo la posesion de los bienes. Aunque ya entre nosotros no hay mayorazgos, pudiera ocurrir, sin embargo, el juicio de tenuta, pues el decreto de 7 de Agosto de 1823, que prohibió estas vinculaciones, mandó que el poseedor pudiese disponer solo de la mitad de los

bienes del mayorazgo, reservando la otra mitad para el inmediato sucesor.

Antiguamente no se podia intentar el juicio de tenuta sino ante la audiencia, pues era de los que se llamaban "casos de corte;" mas en el dia deberá hacerse precisamente ante los jueces de primera instancia, á quienes deberá presentarse el que crea tener derecho á los bienes, esplicando su entroncamiento con el último poseedor, y si fuere necesario con el fundador, y en el escrito pide se declare haber pasado á él por ministerio de la ley la posesion civil y natural, y que, en consecuencia, se le mande dar la real, corporal, *vel cuasi*, con los frutos producidos desde la vacante; y por medio de un otrosí se pide la libre administracion de los bienes, libre y sin fianzas, sobre lo cual se pide prévio y especial pronunciamiento, debiendo decidirse este artículo en el término de cuarenta dias, y determinado, sigue el negocio en lo principal por sus términos regulares (Gomez Negro, Elem. de pract. Orden de proceder, part. 3, trat. 4, y Tapia, Febr. Nov., tom. 2, tít. 3, cap. 6.)

Quando se intentaba la tenuta ante la audiencia ésta libraba provision al juez del lugar donde estaban los bienes para que fijasen edictos llamando á los que tuvieran derecho, y remitiénd. se los autos que se hubieren formado.

Si el mayorazgo es de poca cuantía, se acude al juez del lugar, y éste, como dice Gomez Negro en el punto citado, provee que se dé la posesion sin perjuicio de tercero que tenga mejor derecho, y el que cree tenerlo acude al mismo juez esponiendo sus razones y pidiendo se declare nula la posesion, dada, se secuestren los bienes y se retengan hasta nueva orden. De esta peticion se da traslado al poseedor, siguiéndose los trámites de un juicio plenario de posesion; y despues de confirmada ó revocada dicha posesion, se puede seguir el juicio de propiedad. Hoy en todo caso se acude ante el juez ordinario.

(Véase el Auto Acord. 6, tít. 7, libro 5 de la R. ó la nota 4 á la ley 24, lib. 11 de la N.)

CAPITULO II.

DE LOS INTERDICTOS PROHIBITORIOS.

Se llaman interdictos prohibitorios, como ya dije, aquellos juicios sumarísimos en los que se prohibe alguna cosa. Propiamente hablando, no hay mas interdicto prohibitorio que el de *obra nueva*, pues el de *obra vieja* y algunos otros de que hablaré en el capítulo siguiente, mas bien son restitutorios.

Se llama *obra nueva* la que se fabrica sobre ci-

miento nuevo, y tambien aunque sea sobre viejo si se le muda la fachada ó forma que antes tenia. Y como una innovacion de esta clase puede causar perjuicios á las casas ó predios contiguos, se da accion al que se cree perjudicado con la obra, ó al que le represente con poder bastante, para denunciar la innovacion y pedir que se prohiba el proseguirla.

La denuncia de obra nueva se hace acudiendo al juez, jurando no hacerla de malicia, y pidiéndole que impida su prosecucion, porque le perjudica, y que en caso de contravencion, imponga al dueño y personas que trabajan en ella la pena que conceptúe justa, á cuyo acto ha de asistir el mismo juez, y no pudiendo, ha de enviar un escribano con comision por escrito para que haga el requerimiento, ponga testimonio del estado de la obra é impida su continuacion (L. 1, tít. 32, P. 3); y esto es lo que se practica. Hecha la notificacion para la suspension de la obra, se corre traslado del escrito en que se pidió, y contestado por el edificante, se sigue un juicio ordinario por los trámites regulares hasta la sentencia definitiva, de la cual puede concederse la apelacion en ambos efectos. Si el que ganó ante el inferior fuere el que edificaba, puede pedir licencia al juez superior para la continuacion de la obra, bajo la fianza de-

molitoria, si no la tenia ya pedida y concedida ante el inferior; y se le deberá conceder si hay fundamento para creer que ganará el pleito (Berni en la ley 9, tít. 32, P. 3). La suspension de la obra nueva, como es diligencia por lo comun urgentísima, puede proveerse por los alcaldes ó jueces menores ó conciliadores, citándose en el acto á conciliacion, con tal que tenga la demanda los requisitos que exige la ley vigente para las providencias precautorias, y de los que hablaré en la seccion siguiente.

Debe ejecutarse la denuncia en el lugar en que se hace la obra, y basta se haga saber al dueño de ésta ó sobrestante, y en su defecto á los oficiales que trabajan en ella (L. 1, tít. 32, P. 3). Si la obra es de muchos, con hacer la denuncia á uno de ellos no tiene el denunciador que requerir á los demás; pero si siendo perjudicial á muchos uno de éstos la denunciase, no bastaria sino por su parte, á no ser que lo hiciese en nombre y con poder de las otros interesados (L. 2, tít. 32, P. 3).

Tiene tal fuerza la denuncia, sea bien ó mal hecha, que si el dueño de la obra prosigue en ella despues de requerido sin licencia del juez que la mandó prohibir, debe éste providenciar que demuela á su costa lo construido de nuevo, por la inobediencia (Ley 8 del mismo); y si se contesta

el pleito de denuncia, no se concluye éste en tres meses, y por el reconocimiento que se haga se echa de ver que no resultará daño irreparable por la sentencia definitiva, pasados que sean, puede y debe el juez concederle licencia para la prosecucion de la obra, dando fianza segura de demolerla á sus espensas siempre que se le mande (L. 9 del mismo). El denunciado podrá proseguir la obra dando dicha fianza, en el caso de hacer ver que la interrupcion le causa un grave perjuicio, y que de la continuacion se sigue uno leve al denunciador.

Véamos ahora como es en la práctica la sustanciacion de este interdicto. La denuncia dirá poco mas ó menos:

Señor juez tantos, etc.

“Fulano de tal, ante usted, salvas las protestas oportunas, etc., digo: que como consta de los documentos que acompaño en tantas fojas, poseo una casa situada en tal calle y con el número tantos, en esta poblacion, y M., que está edificando otra contigua á la misma, ha empezado á labrar un pedazo de terreno que corresponde al área de la finca antes dicha, que es de mi propiedad, con cuya nueva obra me está ocasionando un grave perjuicio. Y en tal virtud, pido á usted que teniendo por denunciada dicha obra, se

sirva mandar que inmediatamente se haga saber á M. ó á los operarios que trabajan en ella, que cesen en su continuacion, pasando el escribano á dar fe del estado en que se halla, y condenando al citado M. á que reponga las cosas al que antes tenían, demoliendo á su costa todo lo obrado, y condenándole en todas las causadas. Juro lo necesario.

A usted pido, etc.”

El juez provee: “Como lo pide, hasta nueva providencia: notifíquese al dueño de la nueva obra la suspenda, dando fe el escribano del estado en que se halla, y acuda el actor inmediatamente á intentar el remedio de la conciliacion.”

A estas diligencias se reduce la sustanciacion del interdicto de obra nueva. Intentada la conciliacion, sigue un juicio ordinario, como dije antes, y se concede licencia al dueño de la obra para continuar, segun la suma de perjuicios que se le sigan, y siempre dando la fianza demolitoria. El escribano dará fe del estado en que está la obra cuando se manda suspender, para que si hay nueva reclamacion por parte del perjudicado, diciendo que el dueño continúa edificando á pesar de la prohibicion, se pueda asegurar con facilidad lo

cierto del caso, comparando el estado que tenia antes la obra con el que ahora tiene.

Los dueños de molinos no pueden denunciar otros molinos que se hagan, fundándose en que les disminuyen sus rentas, con tal que no les estorbe la obra el curso del agua (L. 18, tit. 32, P. 3). Ni pueden denunciarse las limpias de caños que se hagan, porque estorbe el lodo algunos dias ó el mal olor, pues se interesa el bien comun en ello (L. 7 del mismo tit. y P.)

CAPITULO III.

DE LOS INTERDICTOS RESTITUTORIOS.

El principal de estos interdictos restitutorios es el de *obra vieja*, que los mas autores cuentan entre los prohibitorios; pero como en él no se manda prohibir cosa alguna por el juez, sino que se manda reparar la cosa que amenaza ruina, ó restituirla al estado de seguridad que exige la tranquilidad general y particular, por eso le cuento mas bien entre los interdictos restitutorios.

Se da este interdicto cuando puede dañarnos alguna casa del vecino que amenaza ruina, ó otra cosa que tiene hecha en un sitio suyo. En tal caso, se acude al juez, y éste, tomando los correspondientes informes de peritos, debe mandar que

sirva mandar que inmediatamente se haga saber á M. ó á los operarios que trabajan en ella, que cesen en su continuacion, pasando el escribano á dar fe del estado en que se halla, y condenando al citado M. á que reponga las cosas al que antes tenían, demoliendo á su costa todo lo obrado, y condenándole en todas las causadas. Juro lo necesario.

A usted pido, etc."

El juez provee: "Como lo pide, hasta nueva providencia: notifíquese al dueño de la nueva obra la suspenda, dando fe el escribano del estado en que se halla, y acuda el actor inmediatamente á intentar el remedio de la conciliacion."

A estas diligencias se reduce la sustanciacion del interdicto de obra nueva. Intentada la conciliacion, sigue un juicio ordinario, como dije antes, y se concede licencia al dueño de la obra para continuar, segun la suma de perjuicios que se le sigan, y siempre dando la fianza demolitoria. El escribano dará fe del estado en que está la obra cuando se manda suspender, para que si hay nueva reclamacion por parte del perjudicado, diciendo que el dueño continúa edificando á pesar de la prohibicion, se pueda asegurar con facilidad lo

cierto del caso, comparando el estado que tenia antes la obra con el que ahora tiene.

Los dueños de molinos no pueden denunciar otros molinos que se hagan, fundándose en que les disminuyen sus rentas, con tal que no les estorbe la obra el curso del agua (L. 18, tit. 32, P. 3). Ni pueden denunciarse las limpias de caños que se hagan, porque estorbe el lodo algunos dias ó el mal olor, pues se interesa el bien comun en ello (L. 7 del mismo tit. y P.)

CAPITULO III.

DE LOS INTERDICTOS RESTITUTORIOS.

El principal de estos interdictos restitutorios es el de *obra vieja*, que los mas autores cuentan entre los prohibitorios; pero como en él no se manda prohibir cosa alguna por el juez, sino que se manda reparar la cosa que amenaza ruina, ó restituirla al estado de seguridad que exige la tranquilidad general y particular, por eso le cuento mas bien entre los interdictos restitutorios.

Se da este interdicto cuando puede dañarnos alguna casa del vecino que amenaza ruina, ó otra cosa que tiene hecha en un sitio suyo. En tal caso, se acude al juez, y éste, tomando los correspondientes informes de peritos, debe mandar que

dichos edificios ruinosos se derriben, ó cuando no, que se reparen dando los dueños buenos fiadores á los vecinos de que no les vendrá mal por ello, y que si en efecto cayera el edificio, no siendo por algun caso fortuito, como terremoto, etc., haya de pagar el dueño todo el daño que reciba su vecino; pero en el caso de no querer dar dicha fianza ó hacer dicho reparo, se ponga al demandante en posesion del edificio hasta que se repare ó derriba por mandato del juez (L. 12, tít. 32, P. 3). Corresponde esta accion no solo cuando tememos el daño por razon de algun edificio ó pared del vecino, sino tambien por la de algun árbol que amenace caer sobre heredades ó casas nuestras, haciendo daño en ellas; en cuyo caso el juez, á instancia del interesado y tomando informes de peritos, debe hacerle contar (L. 12 del mismo).

Se da tambien el interdicto restitutorio en los casos siguientes: Cuando alguno maliciosamente hiciere en su casa un pozo de qua resulte daño al vecino, pues éste podrá pedir que se derriba ó cierre, ó usar del interdicto de denuncia antes de hacerse el pozo (L. 19 del mismo).—Cuando se hacen edificios en las plazas, egidos ó caminos que son comunes de las ciudades ó villas, ó los que se fabriquen arrimados á las iglesias ó muros de algun pueblo, deberán derribarse, y para ello usará

el interdicto el que tenga el derecho de dominio ú otra cualquiera que no sea mujer ni menor (LL. 22, 23 y 24 del mismo).—Cuando alguno hace torre ú otro edificio, y coge el agua llovediza por canales, sacándolas tanto hácia fuera que caiga el agua sobre las paredes ó tejado del vecino.—Si el dueño de heredad hiciere pared, estacada, valladar ú otra obra en su heredad, de manera que el agua no puede correr por donde solia, estancándose con daño del vecino.—Si alzare obra en sitio por donde solia correr el agua, y por dicho alzamiento se mudare el curso de ella, y cayese de tan alto que haga hoyo ó caños en la heredad vecina, ó detuviese el agua de manera que no puedan regar sus tierras los que tenian derecho de hacerlo. En estos tres últimos casos ú otros semejantes en que pueda causarse daño á las heredades, se debe derribar la obra á costa del que la hizo, pagando además el importe del daño que hubiere causado (L. 13 del mismo); y para intentar el interdicto, deben concurrir tres cosas: que el vecino reciba ó pueda recibir daño; que ésto daño sea causado por el agua de la lluvia, y que proceda de obra que ha hecho otro. De manera que cesará la accion cuando acaeciere el daño sin culpa, ésto es, cuando la heredad inferior reciba daño del agua que corre de la superior por

obra de la naturaleza y no de los hombres: cuando el daño procede de obra antigua, que esté ya hecha diez años antes, hallándose presente el dueño de la heredad que sufre, y veinte estando ausente; y cuando el daño se recibe en virtud de servidumbre constituida (L. 14, tít. 32, P. 3).

Esta acción va siempre activa y pasivamente con el dominio, esto es, corresponde al comprador ó dueño del campo que recibe el daño, y se da contra el dueño ó comprador de la heredad en que se hizo la obra perjudicial ó dañosa (L. 16 del mismo). Si fueren muchos los que hicieren la obra que causa el daño, puede el que lo recibe dirigir contra todos ó cada uno de por sí la acción para que la demuela; pero siempre deberá pedir á cada uno de ellos separadamente que resarza el perjuicio según la parte que le corresponda: lo mismo se observará cuando solo uno hiciera la obra y fueren muchos los que reciben el daño, es decir, que uno solo de éstos puede pedir la demolición; pero el resarcimiento total ha de dividirse entre ellos.

Y aunque por lo comun no puede intentarse esta acción sin que se haya hecho alguna obra ó *manufacto*, como suele llamarse, hay sin embargo un caso de excepción; y es cuando el agua, corriendo naturalmente, arrastra cieno, piedras ó otra cosa

que se estanca ó detiene en alguna heredad causando daño á los vecinos. Entonces podrá cualquiera de éstos precisar al dueño de aquella á que haga una de dos cosas, esto es, que limpie ó abra el lugar embarazado por donde solia correr el agua, ó bien le permita el hacerlo (L. 15 del mismo). Si el lugar por donde debe ir el agua, fuera acequia ó cosa que pertenezca á muchos, cada uno en el trozo, lindero ó fronterizo de su heredad, debe ayudar á componerlo.

En la obra de Sala, intitulada: "Ilustración del derecho real de España," en el tomo 2, lib. 3, tít. 12, se mencionan algunos otros interdictos, como los de *quod vi, aut clam*, que son tambien restitutorios y se dan á aquel que es dañado por una obra nueva que se hace por fuerza ó clandestinamente, y aunque no he dicho sus nombres técnicos, pero ya hablé de ellos cuando dije la pena que merece el que sigue edificando una obra nueva habiéndosele ya prohibido, en cuyo caso tiene lugar el de *quod vi*; con respecto al interdicto *aut clam*, como la obra nueva que se hace ocultamente no puede ser denunciada para que se prohíba su prosecucion, se denuncia al descubrirse por el dañado para que se destruya, y en este caso se intenta el mismo interdicto de obra nueva, no con su primer efecto, que es el prohibi-

torio, sino con el segundo, que es el restitutorio. Hago estas esplicaciones porque no quiero hacer uso de leyes romanas, y para demostrar que las leyes patrias tratan bien toda la materia.

La sustanciacion de todos estos interdictos es muy semejante á la de los prohibitorios, y por eso no me detengo á poner ejemplos.

Debe tenerse presente con respecto á interdictos restitutorios, que no pueden intentarse contra aquel que para preservar ó defender su heredad procura apartar de alla algun torrente ó arroyo en tiempo de avenidas para que no le haga daño, aunque de ello resulte perjuicio al vecino; bien que este es asunto muy delicado, y debe el juez considerar maduramente las circunstancias de cada caso para determinar con acierto. Es tambien de observarse que cuando el daño se causa por medio de incendio, como si uno derriba la casa de su vecino para impedir que el incendio que venia por ella llegase á la suya, no se debe restitution, porque como dice la ley 12, tít. 15, P. 7, "si alguno derribase la casa de algun otro su vecino que estuviese entre aquella que ardia á la suya, para destajar el fuego que non quemase la suya, que no cae por ende en pena ninguna, nin es tenuto de facer enmienda de tal daño como éste. Esto es porque aquel que derriba la casa pro tal

razon como ésta, no face á sí pro tan solamente, mas á todad la cibdad."

CAPITULO IV.

DE LOS INTERDICTOS EXHIBITORIOS.

El único caso en que puede tener lugar el interdicto exhibitorio, es cuando álguien ha perdido alguna cosa mueble y sospecha que otro la tiene, pues entonces pide al juez mande á éste que la enseñe para ver si es la perdida; de manera que este interdicto y la accion ad exhibendum, ya esplicada en su lugar, son una misma cosa (Véase el capítulo de Acciones en que se funda la demanda).

SECCION SEGUNDA.

DE LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS.

CAPITULO UNICO.

Se llaman providencias precautorias ciertas medidas prontas que se toman por mandato de la autoridad en obsequio de la buena administracion de justicia y de las garantías individuales. ®

Generalmente hablando, las providencias pre-

cautorias anteceden siempre á un juicio, como el embargo provisional, la autorizacion para hacer ciertas preguntas antes de entrar al litigio, y el poder examinar testigos para informaciones *ad perpetuam*. Hay tambien otras providencias precautorias que se toman en el trascurso del juicio ó antes de comenzar, como la fianza de arraigo ó la notificacion para que se nombre apoderado ins- truido y espensado, la exhibicion de otras fianzas aseguratorias, y las licencias que se conceden para litigar á aquellas personas que dependen de autoridad ajena.

Del embargo provisional.

De todas estas providencias trataré por su mejor orden, comenzando por el embargo provisio- nal. La ley 1, tít. 9, P. 3, manda que ningun juicio pueda comenzar por embargo ó secuestro de bienes (no se trata aquí del juicio ejecutivo por su- puesto), ni por intervencion, que para el efecto viene á ser lo mismo, salvo en los cinco casos que enumera la misma ley, no contando nosotros el ses- to por hablar de esclavos que no hay por fortuna en nuestro suelo mejicano. Estos cinco casos son: 1.º Cuando hay convenio entre los litigantes: 2.º Cuando la cosa litigiosa es mueble y el que la tie- ne sospechoso, por lo que se presume que huya

con ella ó la deteriore, ó si son frutos de alguna finca, que los consuma: 3.º Cuando el que es condenado definitivamente á entregar alguna co- sa, apela de la sentencia y su contrario recela de fuga: 4.º Cuando el marido disipa la dote de su mujer, pues esprezándolo ésta, debe el juez defen- dir á su pretension, entregándola la dote, ó á otra persona para que se la administre; aunque segun otra ley no tiene esto lugar cuando el marido va á pobreza sin culpa suya (L. 29, tít. 11, P. 4): 5.º Cuando el hijo preterido ó desheredado in- justamente, pretende su legítima, pues si su her- mano instituido único heredero se resiste á entre- gársela con sus frutos, puede pretender que hasta que se efectúe la division, se depositen todos los bienes partibles de que su hermano está apode- rado.

A estos casos de la ley de Partida se agregan otros de las leyes de la Recopilacion, como quan- do dos litigan sobre la tenuta de un mayorazgo, cuyos bienes suelen ponerse entretanto en secues- tro (Aut. acord. 5, tít. 7, lib. 5 de la R., ó nota 4 á la ley 24, lib. 11 de la N.), y el que suelen decretar los jueces por deudas ó maleficios (L. 1, tít. 25, lib. 11 de la N.), aunque éste, segun el te- nor de la ley, no es de los que pueden hacerse al empezar el juicio, contrayéndose principalmente

á declarar que durante el secuestro puede muy bien el dueño labrar y reparar las fincas. Estas disposiciones no solo no han sido revocadas por el derecho novísimo, sino que conforme á él puede intentarse el secuestro ó retencion de efectos del deudor que pretenda sustraerlos aun antes de la conciliacion, y ante el mismo alcalde ó juez conciliador que proveerá desde luego, y sin retraso provisionalmente para evitar el perjuicio de la dilacion, y procederá inmediatamente á la conciliacion, lo mismo que en el caso de interdiccion de obra nueva, que ya hemos visto, y otros de igual urgencia (Art. 4, cap. 3 de la ley de 9 de Octubre de 1812): y en esta retencion ó embargo provisional no es necesario el mandamiento ejecutivo ni el nombramiento de depositario, pues bastará encargar el depósito á un sugeto conocido mientras se verifica la conciliacion, ó se procede á un juicio formal; y como en esto suelen ocurrir casos muy varios por sus circunstancias, ellas indicarán el medio de asegurar provisionalmente esos efectos, segun el tenor de la ley.

Este embargo provisional, que propiamente se llama retencion, se diferencia en mucho del embargo formal que se hace en el juicio ejecutivo; pues en primer lugar, aquel se verifica antes de la conciliacion y antes de presentar una demanda

directa que determine un juicio; y además, que no tiene las solemnidades y la importancia del secuestro que se hace en el juicio ejecutivo.

Es muy de advertir acerca del embargo provisional, que se deben presentar documentos en que conste la deuda, ó se debe rendir informacion de ella al juez á quien se pide la providencia, y que si dichos documentos ó informaciones le satisfacen y le demuestran el peligro que habria en la dilacion, mandará hacer el embargo por via de providencia precautoria, y citando inmediatamente á conciliacion, como ya se ha dicho.

El embargo provisional no puede pedirse de las cosas inmuebles, sino en los casos de tenuta ó de riesgo que corre una dote por pobreza del marido, ó el del hijo que fué preterido ó desheredado injustamente y pide se secuestren los bienes de la herencia, y otros casos de esta naturaleza; pero por las deudas comunes no debe hacerse embargo provisional de las cosas inmuebles, porque la dilacion no causa peligro, puesto que no puede ocultarse ni trasladarse un inmueble, y además que esto seria trastornar el curso del juicio ejecutivo.

El artículo 310 de la ley de 29 de Noviembre de 1858 exige los mismos requisitos para el embargo provisional su otra providencia precautoria semejante.

Dice dicho artículo:
Las diligencias precautorias y urgentes de sequestros, depósitos, intervenciones ó retenciones y cualesquiera otras de igual naturaleza, solo se practicarán cuando se verifiquen las condiciones siguientes:

"I. Que el pedimento se haga por escrito, si la urgencia del caso diere lugar, y si no, verbalmente, explicando en ambos casos la procedencia de la obligacion.

"II. Que se acompañe el documento justificativo de ésta, y no habiéndolo, que proceda informacion á lo menos sumaria de testigos que acrediten la deuda, los cuales serán examinados verbalmente en la misma audiencia en que se pida la providencia, levantándose al efecto la acta correspondiente que firmarán, si supieren, los testigos con el juez.

"III. Que se pruebe, de alguna manera legal, la urgencia por la cual se pide la providencia. Aun cuando se cumpla con estos requisitos, no se podrá dictar la providencia precautoria cuando el demandado dé fianza ó asegure de otra manera el importe de la obligacion á satisfaccion del que la pide."

"Acerca de la sustanciacion de estas providencias precautorias, como embargo ú otras semejantes, dice la ley citada, de acuerdo con la

práctica y leyes antiguas de la materia, lo siguiente:

"La providencia precautoria que se dicte omitiendo cualquiera de los requisitos prescritos, hace personalmente responsable al juez que la dicte sin consulta de asesor, ó á éste en su caso, de los daños y perjuicios que cause el demandado.

"La competencia que se suscitare por otro juez no impedirá que se dicte y lleve á efecto la providencia precautoria; tampoco impedirá la competencia el que se revoque la providencia en su caso respectivo.

"La providencia que se dicte, conforme á los artículos anteriores, tendrá la calidad de provisional, y si fuere dictada por el juez menor ó de paz, citará inmediatamente á conciliacion, si el negocio la admitiere, para el mismo dia y á cualquiera hora. Si no tuviere efecto la conciliacion, el juez remitirá inmediatamente las diligencias al juez de primera instancia que elija el actor, si hubiere varios. El actor deberá poner la demanda sobre lo principal, á lo mas dentro de seis dias, contados desde aquel en que el juez reciba las diligencias.

"Si el juez de primera instancia hubiere dictado la providencia, y el negocio admitiese conciliacion, hará que se celebre en el mismo dia, y si no

venen y embargo provisional de los bienes ó efectos que se le encuentren, sin perjuicio de que pasada esta diligencia, se celebre el juicio conciliatorio y se proponga el ejecutivo en toda forma. Juro lo necesario.

A usted suplico, etc."

Téngase entendido que si la cantidad es insignificante y propia de juicio verbal, la petición del embargo será también verbal.

El juez provee al referido escrito: "Como lo pide de su cuenta y riesgo, y por vía de providencia precautoria, notificándose al actor que intento desde luego el remedio de la conciliación."

Cuando la deuda es tan crecida que no bastaría embargar provisionalmente los bienes muebles, sino que sería necesario embargar también los inmuebles, y se teme que escape el deudor, no se debe pedir el embargo provisional de los inmuebles, sino más bien la fianza de arraigo ó el nombramiento de apoderado instruido y espensado, cuya petición es otra providencia precautoria que surte los mismos efectos para el actor, sin perjudicar notoriamente al demandado, como sucedería en el otro caso, y sin alterar el orden verdadero de los juicios: luego hablaré de la fianza de arraigo.

De las preguntas anteriores al juicio.

Acerca de la segunda providencia precautoria, que consiste en las preguntas que se pueden hacer antes de comenzar el juicio, bastan muy pocas palabras para darla á conocer.

La ley 1, tít. 10, P. 3, manda que no pueda comenzar el juicio pidiendo se reciba al demandado declaración jurada, si no es que el demandante, si omite esta diligencia, no pueda continuarlo, en cuyo caso puede hacerle las preguntas concernientes á entablar su demanda, según se explica la ley: "Ciertas preguntas son las que puede hacer el demandador sobre la cosa que quiere hacer su demanda, antes que el pleito se comience. E son de tal natura, que si el demandador no las ficiere en aquel tiempo ó otro si el demandado no respondiese á ellas que non podrian despues ir adelante por el pleito ciertamente." Las palabras de la ley están indicando que solo pueden hacerse *ciertas* preguntas, y que éstas deben ser concernientes al pleito, tales como, "si el demandado es ó no heredero, y de qué parte;" al padre, "si tiene ó no el peculio del hijo," y á cualquiera si tiene ó no veinticinco años; tratándose de reivindicación, "si se posee la cosa de buena ó de mala fe;" y otras semejantes. Porque claro es que

si no se tomara la precaucion de hacer estas preguntas, podria resultar un juicio ilusorio.

De la informacion ad perpetuam.

La informacion *ad perpetuam* es otra especie de providencia precautoria, y tiene lugar cuando los testigos son viejos, ó están enfermos y se teme su muerte, ó cuando tienen que ausentarse (L. 2, tít. 16, P. 3), pues en estos casos pueden ser examinados con citacion de la parte interesada, y si esta no se hallare en el pueblo ó no quisiere presenciar el juramento, no dejará el juez de admitirlos, como lo previene la ley citada, y hará fe el dicho de ellos si son idóneos y fidedignos. Por parte del demandado, dice Febrero que se pueden admitir, y hay costumbre de que con citacion contraria se admitan y examinen antes de la contestacion, aun que no intervengan las causas referidas.

De la fianza de arraigo.

Me toca ya decir algo sobre la fianza de arraigo y la notificacion de nombrar apoderado instruido y espensado. Oigamos lo que sobre esto dice el Sr. Peña y Peña en su "Práctica forense" y hablando de la demanda:

"La cuarta regla se refiere al demandado. Este no puede ser compelido durante el pleito á sufrir ninguna alteracion en su persona; pero cuando se teme que se ausente y dilate el pleito, el actor puede promover se le notifique no lo haga, ó que deje apoderado instruido y espensado con quien seguirlo, y el juez lo manda así. Tambien puede promover el actor que dé fianza de arraigo, que se llama de la haz en los negocios civiles. Esta fianza de arraigo tiene lugar cuando el demandado fuere fallido, y fundadamente se presume que haga fuga, pues con la fianza se evita que la haga, quede ilusorio el juicio y el colitigante perjudicado, cuya presuncion será hoy mas justa entre nosotros, siendo extranjero el demandado, ó algun aventurero á quien sea fácil desaparecerse, y en especial versándose la demanda sobre pago de dinero." Debe tenerse presente que una ley (la 5, tít. 11, lib. 10 de la N.) previene que ninguno esté obligado á arraigarse por demanda de dinero que le sea puesta sin hacer constar antes la deuda por informacion sumaria de testigos, ó por escritura; y aunque la ley no habla de la confesion, si la hay, como ella es la mayor de las pruebas, bastará para el arraigo. Se requiere para esta fianza la aceptacion del que la pide bajo la responsabilidad del juez ó escribano que la autoriza.

En la práctica se acostumbra mandar que el demandado, si tiene que ausentarse, deje un apoderado instruido y esponsado. Si esto no basta, se le exigirá la fianza de arraigo. Si ni así cesan los temores porque eluda el darla, entonces puede ocurrirse al gobierno para que le niegue su pasaporte, ó le recoja el que le hubiere dado, ó asegurado su equipaje, ó tomando otras medidas adecuadas. Y si burlando todas estas providencias se llega á fugar, entonces se mandarán requisitorias para que se le detenga por la fuerza, pues ya entonces no se le aprisiona por una deuda civil, sino por una desobediencia criminal.

De otras fianzas diversas.

Hay algunas otras fianzas que se prestan en el curso de los juicios, como medidas precautorias para que no resulten ilusorios; muchas de ellas se refieren á causas criminales, como la juratoria, la carcelera ó comentariense, la de non offendendo, y otras que no esplico por no corresponder su materia á este lugar. Ya he hablado de las fianzas de las leyes de Toledo y de Madrid, cuando traté del juicio ejecutivo en que tienen lugar, así como la de acreedor de mejor derecho. Hay otras dos fianzas acerca de las cuales diré dos palabras. La primera es la depositaria que tiene lugar cuando

se solicita el desembargo de los bienes del ejecutado, consignando el fiador cierta cantidad bastante á cubrir las resultas de la causa y todas sus atenciones, y constituyéndose depositario y legal tenedor de ella sujeto á las órdenes y disposiciones del juez que conoce del asunto; y así en este caso, como en cualquiera otro en que el fiador sea forastero, ó se dude de su arraigo, ó por cualquiera otra causa se desconfía de él, se puede mandar, y en efeto se manda, que la fianza sea con informacion de abono, cuya circunstancia consiste en que el mismo fiador presente tres testigos que aseguren que los bienes con que afianza son suyos y no ajenos, y que valen lo que espresa, constituyéndose los testigos fiadores de este abono, con sus personas y bienes (Vilan. "Materia crim., for. Observ. 9, cap. 4, nn. 104, 132 y 133).—La otra fianza de que quiero hablar, es la de saneamiento que presta el deudor cuyos bienes se embargan á petición de su acreedor (L. 12, tít. 28, lib. 11 N.); quedando por ella obligado el fiador á sanear los bienes secuestrados, y á pagar en defecto de ellos con los suyos propios el importe de la deuda, y así es que por ella debe asegurar que los bienes son del deudor; que bastarán á cubrir no solo la deuda, sino las costas que se causaren; y obligarse á satisfacerlo todo, si resultare que no son del deu-

por los bienes, ó lo que reste si ellos no alcanzaren, haciendo suya propia la deuda, y constituyéndose principal pagador. Pero en la práctica de hoy no se acostumbra ya exigir la fianza de saneamiento.

Otra medida precautoria que debe observarse, es que los que necesitan licencia para litigar, la pidan antes de entrar en el litigio; pues si no fuera así, habria peligro de nulidad en lo actuado. Cuando hablé de la personalidad para presentarse en juicio, dije quiénes necesitan esta licencia y la manera con que la deben pedir.

Observacion sobre el carácter de algunos interdictos que parecen providencias precautorias.

Es de notarse aquí que algunos interdictos parecen tener el carácter de providencias precautorias, como por ejemplo, el interdicto de obra nueva, pues al denunciarse una obra nueva, el mandato de suspension pudiera considerarse como una verdadera providencia precautoria. Hay sin embargo gran diferencia entre uno y otro, y consiste ella en este caso, y en todos, en que las providencias en los interdictos versan precisamente sobre posesion; y no así en las verdaderas providencias precautorias.

LIBRO SESTO.

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS.

CAPITULO I.

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN GENERAL, Y PRIMERO DEL DE COMPETENCIA.

Entiendo por recursos extraordinarios aquellos que no se usan comunmente en los tribunales, como son los que hemos considerado hasta aquí, sino que tienen lugar fuera de los modos comunes de proceder: tales son los recursos de competencia, de fuerza y proteccion, de denegada apelacion, de nulidad, y otros de todos los cuales hablaré por su orden, comenzando por el de competencia.

Se llama competencia la disputa que se suscita entre dos jueces acerca del conocimiento de un negocio. De varias maneras puede comenzar esta disputa sobre jurisdiccion: á veces sucede que uno de los litigantes que siguen negocios ante un juez ordinario, o pone á éste la declinatoria diciéndole que se abstenga de conocer en el asunto por tales

por los bienes, ó lo que reste si ellos no alcanzaren, haciendo suya propia la deuda, y constituyéndose principal pagador. Pero en la práctica de hoy no se acostumbra ya exigir la fianza de saneamiento.

Otra medida precautoria que debe observarse, es que los que necesitan licencia para litigar, la pidan antes de entrar en el litigio; pues si no fuera así, habria peligro de nulidad en lo actuado. Cuando hablé de la personalidad para presentarse en juicio, dije quiénes necesitan esta licencia y la manera con que la deben pedir.

Observacion sobre el carácter de algunos interdictos que parecen providencias precautorias.

Es de notarse aquí que algunos interdictos parecen tener el carácter de providencias precautorias, como por ejemplo, el interdicto de obra nueva, pues al denunciarse una obra nueva, el mandato de suspension pudiera considerarse como una verdadera providencia precautoria. Hay sin embargo gran diferencia entre uno y otro, y consiste ella en este caso, y en todos, en que las providencias en los interdictos versan precisamente sobre posesion; y no así en las verdaderas providencias precautorias.

LIBRO SESTO.

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS.

CAPITULO I.

DE LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS EN GENERAL, Y PRIMERO DEL DE COMPETENCIA.

Entiendo por recursos extraordinarios aquellos que no se usan comunmente en los tribunales, como son los que hemos considerado hasta aquí, sino que tienen lugar fuera de los modos comunes de proceder: tales son los recursos de competencia, de fuerza y proteccion, de denegada apelacion, de nulidad, y otros de todos los cuales hablaré por su orden, comenzando por el de competencia.

Se llama competencia la disputa que se suscita entre dos jueces acerca del conocimiento de un negocio. De varias maneras puede comenzar esta disputa sobre jurisdiccion: á veces sucede que uno de los litigantes que siguen negocios ante un juez ordinario, opone á éste la declinatoria diciéndole que se abstenga de conocer en el asunto por tales

ó cuales razones que arguyen incompetencia; y si el juez, á pesar de estas razones, se declara competente, acude la parte desairada al otro juez que ella cree debe conocer del negocio, y le suplica por medio de un escrito que inhiba al juez anterior del conocimiento del asunto, y que le anuncie la competencia por si resiste, siendo este el modo mas frecuente de entablarse el recurso de competencia. Pero tambien sucede á veces que el juez mismo, sin peticion de parte, entabla de oficio la competencia con otro juez por creer que la ha usurpado su jurisdiccion, como cuando un juez envia exhorto á lugar distante para que se embarguen bienes, por ejemplo, y el juez requerido encuentra que no toca al requerente el decretar aquel embargo, porque el dueño de los bienes no es del fuero del requerente, sino del juez requerido.

De cualquier manera que sea, entablada así la disputa, el juez inhibido, si hay parte interesada, le corre traslado del oficio inhibitorio, en que se insertará la peticion de la otra parte que solicita la inhibicion. Contesta el traslado la parte dentro del término de tres dias, apoyando, por lo comun, la jurisdiccion del juez inhibido y pidiendo se acepte la competencia. El juez inhibido pone entonces un oficio de contestacion al que le inhibió, trascribiendo allí el escrito de su parte y dicién-

do que acepta la competencia y que va á remitir sus actuaciones al próximo superior: y si la parte que estaba antes á favor de la jurisdiccion del juez inhibido desiste de la competencia, temiendo nuevas dilaciones ó por otros motivos, lo dirá así en su escrito de contestacion al traslado del oficio inhibitorio y escrito de la contraria, y el juez inhibido desistirá, si le parece bien, del conocimiento del negocio, remitiendo sus actuaciones al que le inhibió, ó seguirá la competencia de oficio.

En caso de llevarse adelante la competencia, los jueces que disputan remitirán sus actuaciones al próximo superior para que la dirima esponiendo cada cual en un informe las razones en que se funda (Art. 11 del decreto de 19 de Abril de 1813, y art. 185 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

Si la disputa fuere entre jueces de un mismo territorio y fuero, la decidirá su tribunal superior respectivo (Art. 160 de la Constitucion Federal), y si fuere entre jueces de distintos territorios ó diversos fueros la decidirá la suprema corte de justicia (Art. 137 de la misma). Esto es en general; y ahora en particular en cuanto á la autoridad á quien corresponde el conocimiento de los recursos de competencia, la ley actual vigente está de acuerdo con las antiguas sobre la materia, y dispone lo siguiente:

“Art. 192. Corresponde al supremo tribunal en su primera sala dirimir las competencias:

I. De sus otras salas entre sí ó con otros tribunales ó juzgados comunes ó especiales.

II. Las que se ofrecieren entre las salas de un tribunal superior, comun ó especial.

III. Las de los tribunales superiores comunes entre sí ó con los tribunales especiales, y la de éstos y aquellos con los jueces comunes ó especiales.

IV. Las de los tribunales superiores comunes con los jueces ordinarios de diverso territorio judicial y entre jueces ordinarios ó locales de territorios diferentes; ó de uno mismo en el caso que la apelacion corresponda al tribunal supremo.

V. Las de los tribunales superiores comunes con los tribunales de primera instancia ó juzgados especiales de la misma instancia, cuyas apelaciones correspondan al supremo tribunal ó á un tribunal del fuero comun.

VI. Las de los juzgados especiales entre sí, cuyas apelaciones correspondan á diversos tribunales superiores.

VII. Las de los tribunales ó juzgados que ejerzan diversa especie de jurisdiccion ó aun cuan-

do sea la misma, no tengan un mismo tribunal superior que pueda decidir la competencia.

“Art. 193. Entre la jurisdiccion ordinaria y eclesiástica, no cabe competencia sino el recurso ordinario de fuerza en conocer y proceder.

“Art. 194. Pertenece á los tribunales superiores comunes y especiales de la nacion, dirimir respectivamente las competencias entre todos los jueces subalternos de sus respectivos territorios.

“Art. 195. Son jueces subalternos de los tribunales comunes, no solamente los ordinarios, sino tambien los de los tribunales especiales; creados ó que se crearen para conocer en primera instancia de determinados negocios, y cuyas apelaciones correspondan á los mismos tribunales.

“Art. 196. Los tribunales superiores comunes decidirán tambien las competencias que se susciten entre los jueces locales de diversos partidos pertenecientes al territorio del tribunal, en las conciliaciones y juicios verbales. Estas competencias se decidirán de plano, y en el término y forma que prescribe el art. 198.

“Art. 197. Las competencias de los jueces locales en las conciliaciones y juicios verbales, se decidirán por los jueces de primera instancia, en el término que previene el artículo siguiente.

“Art. 198. El juez respectivo del partido, en el P. 46.

caso del artículo anterior, decidirá la competencia de plano, con solo la vista de los oficios que le remitirá cada uno de los contendientes, en que le espondrán las razones en que se funden, y les comunicará su resolución motivada dentro de tercero día á mas tardar, en un simple oficio, para que á virtud de ella conozca aquel á cuyo favor sea la decisión.

“Art. 199. Las competencias de los jueces de primera instancia en los juicios verbales de que pueden conocer, se decidirán en juicio verbal, en el término de seis días; levantando una acta y comunicando inmediatamente su resolución en un simple oficio al juez que deba conocer.

“Art. 200. Remitidos los autos al tribunal ó juez que corresponda decidir la competencia, si los litigantes desistieren de sostener las respectivas jurisdicciones y los jueces nada dijeren, continuará el juicio hasta su conclusion. Lo mismo se verificará, en el caso en que desistiéndose los jueces competidores, insistieren las partes en que se decida la competencia. Si los jueces y las partes se desistieren, se abstendrá de conocer, remitiendo las actuaciones al juez que corresponda.”

En cuanto á los procedimientos que para la decisión del recurso de competencia, además de los expresados, tienen lugar los siguientes:

Recibidos los autos y los informes de los jueces por el tribunal respectivo, se señala día para la vista, con citacion del fiscal y con los informes de las partes si el tribunal los creyere necesarios, y se pronunciará el fallo dentro de los quince dias siguientes. Nunca se entregarán los autos á las partes, pero estarán de manifiesto en la secretaría, para que cada una de ellas los vea y saque las copias y apuntes que le convenga.

Entablada y pendiente la competencia, no se puede proceder adelante ni innovar en el negocio sin cometer atentado y perder por el mismo acto cualquier derecho que se pudiera tener al conocimiento del pleito (L. 8, tít. 9, lib. 5 de la Recop. de L.d.); y si la competencia se hubiere promovido y sostenido contra ley espresa y terminante, incurrirá el juez en la pena que señala el artículo 7 de la ley de 24 de Marzo de 1813, debiendo imponérsela el tribunal que la dió origen, ejecutándola irremisiblemente desde luego, sin perjuicio de oír despues al juez si reclamare (Art. 6 del decreto de 11 de Setiembre de 1820). El art. 190 y 191 de la ley de 29 de Noviembre de 1858, dice lo siguiente de conformidad con las leyes anteriormente citadas:

“El tribunal ó juez que promueva ó sostenga una competencia contra ley espresa y terminante,

incurrirá en la pena de suspensión de empleo y sueldo por un año, y pagará las costas y perjuicios que se siguieren. Si aun cuando no fuere contra la l y espresa, la promoviere ó sostuviere contra derecho á juicio del juez ó tribunal que la decida, pagará las costas y perjuicios que hubiere causado. El tribunal, al decidir las competencias, así en causa civil como criminal, hará en su caso efectiva la pena impuesta en el artículo anterior, ejecutándola irremisiblemente desde luego, sin perjuicio de que despues se oiga al juez ó magistrado que la sufra si reclama e."

Por lo dicho constan claramente los trámites que deben seguirse en el recurso de competencia, y que son bien sencillos.

Si quiere verse mas sobre competencia de jurisdicción, acúdase al capítulo que habla del fuero competente.

CAPITULO II.

DE LOS RECURSOS DE FUERZA Y PROTECCION.

El recurso de fuerza es la queja suplicatoria que se hace á la autoridad civil implorando su auxilio ó proteccion contra un juez eclesiástico que, ó conoce de un asunto que no le corresponde, ó aunque le corresponda, conoce de una ma-

nera impropia ó ilegítima, ó que no concede las apelaciones admitidas por los cánones.

El origen de los recursos de fuerza en España es tan antiguo como la monarquía, y así lo reconoce la ley 1, tít. 2, lib. 2 de la Novísima, que dice ser "de antigua costumbre, aprobada, usada y guardada"; y contra su práctica y libre uso no se puede admitir bula ni breve (L. 22, tít. 2, lib. 2 de la N.), pues se funda en la obligacion que la autoridad civil tiene de impedir se infieran injurias, fuerza ó violencia á ninguno de los que viven en la sociedad que ella gobierna, y de velar sobre que los jueces eclesiásticos no se escedan en el ejercicio de la jurisdiccion que les concede el derecho canónico y les apoya el civil. De manera que estos recursos de fuerza, hablando en general, sirven para corregir los abusos que cometan los jueces eclesiásticos en el ejercicio de su jurisdiccion. Y como la jurisdiccion es de dos maneras, voluntaria y contencioso, hay en primer lugar dos clases de recursos, á saber: el de fuerza si la queja se refiere á lo contencioso, y el de proteccion si se refiere á la jurisdiccion voluntaria; pero la diferencia viene á ser casi nominal, porque el de proteccion se convierte en recurso de fuerza desde el momento que se intenta.

De la definicion que di al principio, se infiere

del conocimiento de este negocio, pasando los autos al juez competente, y evitándose la instauracion de un recurso de fuerza que me veria en el caso de intentar á pesar mio, por los respetos que merece la autoridad eclesiástica á quien me diujo. No dudo que la ilustracion de ese respetable juzgado calificará debidamente estas razones; y por tanto,

A V. S. suplico se sirva proveer como pido, etc.”

El escrito de preparacion en los recursos de fuerza en el modo de conocer y proceder y en el de no otorgar, dirá poco mas ó menos:

Señor provisor (ó el juez eclesiástico que fuere).

“Fulano, en el negocio tal y cual, supuesto su estado de haberse hecho tal cosa, ante V. S., etc., digo: que por las leyes y razones tales y cuales, se han alterado ó violado las leyes del proceso en este negocio cuando se mandó ó se hizo tal y cual cosa (si el recurso es en el modo de conocer y proceder), ó que en el hecho de negárseme por auto de tal fecha la apelacion que me conceden tal y cual canon (si el recurso es de no otorgar), se me hace injusticia que no se ocultará á la

ilustracion de V. S.; y por lo mismo, pido respetuosamente á ese digno juzgado se sirva revocar por contrario imperio el auto tal, en que se da tal trámite ó se me niega la apelacion, pues me sería doloroso tener que intentar, aun á pesar mio, el recurso de fuerza que en el caso me conceden las leyes. Por tanto, A V. S. suplico, etc.

Presentados estos escritos, segun el caso, ya no se acostumbra en la práctica repetirlos, salvo una extraordinaria deferencia de que es muy digna la autoridad eclesiástica, y de que yo aconsejo usen los estudiantes que me leen cuando se les ofrezca la ocasion.

Si el juez eclesiástico no desiste del conocimiento del negocio (si se trata del recurso en el conocer y proceder), ó si no revoca el auto en que daba tal y cual trámite contra las leyes del proceso (si se trata del recurso en el modo de conocer y proceder), ó en que niega la apelacion concedida por los cánones ó leyes (si se trata del recurso en no otorgar); entonces, en cualquiera de estos casos, la parte que se cree agraviada pondrá un escrito dirigido á la primera sala de la suprema corte de justicia, diciendo poco mas ó menos lo siguiente:

“Exmo Sr.—Fulano de tal, ante V. E. etc., digo: que en el juzgado eclesiástico de esta diócesis se me ha principiado indebidamente causa criminal por tal delito, sin estar subordinado á aquella jurisdiccion, ó se están siguiendo autos sobre tal cosa, á pesar de ser naturaleza profana y sujeta á la jurisdiccion comun;—ó se ha faltado manifiestamente á las leyes que arreglan el proceso, por haberse dado sentencia sin prévia citacion,—ó no se me ha concedido de tal sentencia la apelacion que conceden tales cánones; y aunque he propuesto (en el primer caso) en toda forma el artículo de inhibicion y he protestado que haria uso del recurso de fuerza para el caso de no abstenerse el juez eclesiástico del conocimiento de dicho asunto;—ó habiendo prevenido que haria uso del recurso de fuerza si no revocaba tal auto en que se faltó á las leyes del proceso, ó se negó una apelacion que conceden tales cánones (para los otros dos casos),—se ha negado á ello (para los tres casos), y continúa conociendo como si fuera competente (solo para el primero); y á fin de que se alce esta fuerza y se repare el agravio que comete dicha jurisdiccion (fórmula general), suplico á V. E.

se sirva admitirme este recurso, mandando se despache la provision ordinaria para la remision de los autos íntegros y originales, y en su vista declarar que el juez eclesiástico comete notoria fuerza en el conocer y proceder, pasándose los autos al juez secular competente (si se trata del recurso en el conocer y proceder),—ó que el notario eclesiástico nombre representante que dé cuenta con los autos para que se vea cómo se ha faltado á las leyes del proceso, ó se me ha negado tal apelacion que me conceden los cánones (si el recurso es en el modo ó en no otorgar). Por tanto, A V. E. suplico, etc.”

Si el recurso de fuerza es en el conocer y proceder, la sala decreta la provision ordinaria, que es bien sencilla y dice: “Despáchese la provision ordinaria.” En este decreto tan lacónico se comprende todo lo que los autores y las leyes dicen sobre la remision de los autos principales, el alzamiento de las censuras por la autoridad eclesiástica, si las habia, y la citacion á esta misma autoridad para que nombre representante que vaya á informar. Así es, que hecho saber este auto al juez eclesiástico que conocia del negocio en cuestion, remite desde luego los autos originales,

levantando las censuras si las hubiere; y en cuanto al representante que vaya á informar, designará uno de los dos promotores de la curia eclesiástica de Méjico, si el recurso es contra el arzobispado de Méjico, ó nombrará el representante que le parezca si el recurso viniere de otra parte y no haya persona designada de antemano. Venidos los autos á la primera sala de la corte de justicia, se pasan al fiscal, por estar interesada la jurisdiccion en este recurso en conocer y proceder de que vamos hablando: se citan autos con extracto y citacion; se pasan los autos á los interesados para el cotejo y se señala dia para la vista. Verificada la vista en el dia señalado, y oidos los informes si los hubiere, y en que hablarán el patrono del actor, el fiscal que defiende la jurisdiccion ordinaria, el representante de la curia eclesiástica, el abogado de la otra parte interesada si quisiere, se fallará dentro de quince dias si el juez eclesiástico hace ó no fuerza en el conocer y proceder; y una vez declarado que hace fuerza, se remitirán los actos al juez competente para que se sigan ante él.

Si el recurso de fuerza es en el modo de conocer y proceder, ó en no otorgar, entonces el auto de la primera sala de la corte de justicia dirá así: "Notifíquese al notario eclesiástico de estos autos

mande representante que dé cuenta con ellos para tal dia." En estos dos recursos no interviene el fiscal, porque no se interesa la jurisdiccion, sino que con la relacion de los autos que hará la persona designada por el juzgado eclesiástico, que nombra por lo regular un escribano, y con los informes de las partes y audiencia del representante de la curia eclesiástica, se declara si el juez eclesiástico hace ó no fuerza en el modo de conocer y proceder ó en el no otorgar.

Los autores distinguen los autos que declaran si hay ó no la fuerza, en medios, condicionales y mistos, segun que declaran terminantemente que el juez eclesiástico hace ó no fuerza, ó segun que hacen condicional esta declaracion, ó que la hacen de un modo ambiguo. La práctica en Méjico consiste en que cuando se trata del recurso de fuerza en el conocer y proceder, se declara terminantemente y sin condicion si el juez eclesiástico hace ó no la fuerza; y cuando se trata del recurso en el modo de conocer y proceder y en el de no otorgar, si no hay fuerza, se declara así terminantemente, y si la hay, suele usarse, aunque no es lo comun, del auto condicional, diciéndose que en virtud de tales y cuales leyes y fundamentos, el juez eclesiástico, haciendo tal y cual cosa.

hace fuerza, ó en el modo de conocer y proceder, ó en el no otorgar la apelacion.

Tambien disputan los autores si pueda apelarse del auto en que se declara sobre la fuerza, diciendo los que llevan la afirmativa que es un auto verdadero, y los contrarios que es meramente una aclaracion; pero lo que importa saber es que en nuestra práctica no se admite apelacion y el recurso no tiene mas que una instancia en la primera sala de la suprema corte.

El recurso de proteccion es el que intentan los clérigos, pidiendo á la autoridad civil que los proteja contra tal y cual abuso que comete la jurisdiccion eclesiástica contra ellos, ya en la concesion ó suspension de sus beneficios, ó en cualquiera otra cosa que sea de jurisdiccion voluntaria. Pero, como dije antes, en el momento en que se intenta este recurso se convierte en el de fuerza, siguiendo los mismos trámites absolutamente.

CAPITULO III.

DE LOS RECURSOS DE DENEGADA APELACION,

SUPPLICACION Y NULIDAD.

Por la ley de 18 de Marzo de 1846 se establece que cuando las partes que litigan se crean agra-

viadas por la denegacion de apelacion ó suplicacion, pidan al juez que conozca del negocio un certificado de haberles negado estos recursos, en el acto de la notificacion si quisieren hacerlo de palabra, ó en el término de tres dias si lo piden por escrito, y el juez fuere de primera instancia, ó dentro de dos si fuere el de segunda. El juez á quien se pida, dentro de igual término, estenderá dicho certificado, en el que dará una idea clara del negocio, insertará el auto de que se haya apelado ó suplicado, y en el que haya negado estos recursos. Con esta constancia se presentará el interesado al tribunal que debia conocer de la apelacion, ó dentro del término que el juez le haya designado si estuviere en otro lugar dicho tribunal superior. Este conocerá sumariamente, y si el juicio fuere ordinario y la sentencia definitiva ó interlocutoria con gravámen irreparable, librárá su despacho para que se le remitan los autos originales; mas si apareciere que la sentencia no es de esta clase, solo exigirá la remision en testimonio de las constancias que señalaren las partes como conducentes, sin perjuicio de que el juez inferior continúe bajo su responsabilidad los procedimientos del juicio.

En los juicios ejecutivos y en todos los sumarios antes de ejecutarse la sentencia definitiva, no

se remitirán los autos originales, sino el testimonio de que se ha hablado; pero sí podrá exigirse la remision de los autos originales ejecutada dicha sentencia. El tribunal con presencia de éstos ó del testimonio, dentro de quince dias, si el recurso fuere de denegada apelacion, ó dentro de ocho, si fuere de denegada suplicacion, fallará si estuvieren ó no bien negados estos recursos, sin fallar nada en lo principal, si no fuere de consentimiento de los interesados.

Cuando se niegue el recurso de nulidad, se ocurrirá á la sala que debe conocer de él, y en todo se procederá como en los recursos de denegada apelacion ó suplicacion (Art. 441 de la ley de 29 de Noviembre de 1858).

CAPITULO IV.

DEL RECURSO DE ACLARACION DE LA SENTENCIA.

Hemos dicho en otra parte de esta obra, que cuando la sentencia está oscura, se puede pedir al mismo juez que la dió una aclaracion de ella, y los procedimientos de este recurso están detallados con arreglo á las leyes y práctica antiguas por la ley de 29 de Noviembre de 1858, que en sus artículos del 424 al 432, dice lo siguiente:

El recurso de aclaracion solo podrá interponer-

se cuando la parte resolutive de la sentencia definitiva ó interlocutoria, con fuerza de tal, fuere contradictoria, ambigua, ú oscura en sus cláusulas ó palabras.

“El recurso se interpondrá ante el mismo juzgado ó tribunal que hubiere dictado la sentencia, dentro del término fatal de tres dias, contados desde la fecha de la notificacion hecha al que pida la aclaracion.

“El recurso se interpondrá precisamente por escrito en el cual se espese claramente la contradiccion, ambigüedad ú oscuridad de la cláusula ó palabra cuya aclaracion se solicita.

“De este escrito se correrá traslado á las otras partes por el término igualmente fatal de tres dias á cada una, y en vista de lo que espongan sin otro trámite, el juez ó tribunal lo mas tarde al tercer dia de entregado el último escrito, dictará la providencia que corresponda, aclarando la sentencia ó determinando no haber lugar á la aclaracion solicitada.

“El juez ó tribunal, al declarar las cláusulas ó palabras contradictorias, ambiguas ú oscuras de la sentencia, lo hará sin poder variar en el fondo lo dispuesto en la misma sentencia.

“La providencia que recaiga se notificará á las partes, y de la que se dicte, ya sea la de aclaracion

ó la de que no ha lugar á ella, no se admitirá ningun recurso, ni se podrá pedir nueva aclaracion.

“De la sentencia una vez aclarada, tampoco podrá pedirse nueva aclaracion.

“Una vez interpuesto el recurso de aclaracion, se suspenderá el término para apelar ó suplicar de la sentencia, si fuere apelable ó suplicable, el que comenzará á correr desde el dia que se haga la notificacion de la providencia, á la parte que tenga el derecho de apelar.

“La providencia que aclare la sentencia, se reputará una misma con la sentencia aclarada para el efecto de la apelacion ó súplica.

“Siempre que los jueces y tribunales declaren no haber lugar á la aclaracion que se pide, y juzgaren que el recurso se ha interpuesto maliciosamente, condenarán al que la solicitó en las costas del recurso, y le impondrán una multa hasta de cien pesos.”

CAPITULO V.

DEL RECURSO DE NULIDAD.

El recurso de nulidad es el remedio que se intenta en los juicios cuando se han violado las leyes del proceso, para que se repongan las cosas á su primer estado y exigir la responsabilidad al juez que conoció del negocio. Este recurso está arreglado por la ley de 23 de Mayo de 1837, y por la de 29 de Noviembre de 1858.

Los recursos de nulidad solo se interpondrán en juicio civil escrito, de sentencia definitiva que cause ejecutoria, dentro del preciso término de ocho dias, contados desde el en que se notifique aquella, y solo cuando en la misma instancia en que se ejecutorió el negocio se hayan violado las leyes que arreglan el procedimiento en los casos siguientes:

- I. Por falta de emplazamiento en tiempo y forma, y falta absoluta de audiencia de los que litiguen, comprendiéndose entre ellos al fiscal en su caso.
- II. Por falta de personalidad ó poder suficiente de los litigantes para comparecer en juicio.
- III. Por falta de citacion para recibir las prue-

bas ó para practicar cualquiera diligencia probatoria.

IV. Por no haber recibido el pleito á prueba, debiendo recibirse, ó no haberse permitido á las partes hacer la prueba que pretendian en el término legal, no siendo opuesta á derecho.

V. Por no haber mostrado conforme á derecho á las partes algunos documentos ó piezas de los autos, de manera que no hayan podido alegar sobre ellas.

VI. Por no haberse notificado en forma el auto de prueba, ó no haberse citado para sentencia definitiva.

VII. Por incompetencia de jurisdiccion, si se alegó oportunamente.

En todos los casos en que por falta de citacion ha lugar á la interposicion del recurso, conforme á lo dicho anteriormente, no podrá interponerse cuando la parte no citada haya comparecido en tiempo oportuno voluntariamente y héchose oír.

Cualquiera de las nulidades espresadas en los negocios cuya sentencia no cause ejecutoria, se reclamará en la instancia siguiente por via de agravio.

Para que proceda el recurso en los casos de que tratan los artículos anteriores, será necesario que la violacion haya ocurrido en la instancia

en que se ejecutorió el negocio, y que pudiendo hacerlo, se haya reclamado formal y espresamente antes que recayese sentencia en la instancia respectiva, y que la reclamacion no haya surtido efecto.

El recurso se calificará por el tribunal ó juez que causó la ejecutoria, y admitido sin otro requisito, dispondrá que la sentencia se lleve á efecto, dándose por la parte que hubiere obtenido fianza de estar á las resultas si se mandare reponer el proceso, y remitirá los autos al tribunal que deba conocer de la nulidad, con citacion de los interesados.

Declarada la nulidad, se devolverán los autos al tribunal *a quo*, para que reponiendo el proceso al estado que tenia antes de cometerse la nulidad, lo sustancie y determine con arreglo á las leyes.

Estos recursos se sustanciarán con un escrito de cada parte, audiencia del fiscal, é informes á la vista si los pidieren (Art. 43, 46 y 53 de la ley de 23 de Mayo de 1837, arts. del 434 al 440 de la ley de 29 de Noviembre citada).

En el caso de negarse el espresado recurso, tendrá lugar el concedido en la ley de 18 de Marzo de 1840, observándose los trámites que ya dijimos.

CAPITULO VI.

RESUMEN DE ESTA OBRA Y CONCLUSION.

He procurado cumplir hasta donde me ha sido posible con el plan que fijé al principio de esta obra; la he dividido, como ofrecí, en seis libros; he hablado en el primero de las leyes en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios, dando tambien idea de los tribunales de Méjico hasta el presente año de 1859; he tratado en el segundo la materia de juicios ordinarios; en el tercero hablé detenidamente del juicio ejecutivo; en el cuarto, de los juicios sumarios; en el quinto, de los juicios sumarísimos de posesion y de las providencias precautorias; y en el sexto, de los recursos extraordinarios.

Concluida, pues, la tarea que me propuse y que se refiere solo á nuestra práctica civil, no intentaría ocuparme en otra obra de la materia criminal de nuestro foro, si la indulgencia con que ha sido acogido este "Manual" por los estudiantes y aun por muchos abogados, y la estimacion con que se ha visto su contenido, no me impulsaran á emprender el trabajo de la parte criminal forense mejicana, que saldrá á luz dentro de pocos dias, y para la cual tengo ya reunidos algunos datos y hechos varios apuntes.

De las personas que han leído el "Manual de práctica civil forense mejicana," muchas hacen á la obra el cargo de haber aparecido como anónima; y esta circunstancia, unida á la de que los errores que este libro tendrá sin duda recairian acaso en otras personas que no sean las verdaderas responsables de ellos, me deciden á poner al pié el nombre oscuro de su autor, quien cuenta de nuevo con la indulgencia de sus compañeros.

Rafael Nova Barrera.

Méjico, Mayo 17 de 1859.



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

INDICE DE LAS MATERIAS CONTENIDAS

EN ESTA OBRA.

Introducción y plan de la obra	I
LIBRO PRIMERO.—Sección primera.—Sobre el conocimiento de las leyes en que deben fundarse las decisiones judiciales y las defensas de los litigios	1
Sección segunda.—Se da una ligera idea de la organización y atribuciones de los tribunales de Méjico hasta el año de 1859	11
LIBRO SEGUNDO.—Sección primera.—Donde se trata de los juicios en general	24
Sección segunda.—Del juicio civil ordinario en particular	26
Capítulo I.—Del juicio verbal	id.
Capítulo II.—Del juicio ordinario escrito, y primero un golpe de vista de sus trámites	39
Capítulo III.—De la personalidad para presentarse en juicio	46

II

Capítulo IV.—De las personas que intervienen en juicio en nombre de otro, como los apoderados, tutores y curadores; y de los poderes y su bastaneo..... 53

Capítulo V.—De la conciliacion que es el primer paso del juicio civil ordinario escrito. 64

Capítulo VI.—De la demanda que es el segundo paso del juicio civil ordinario escrito 73

Capítulo VII.—De las acciones ó derechos de que se originan las demandas y del tiempo que duran estas acciones, ó de la prescripcion 80

Capítulo VIII.—Ante qué juez debe presentarse la demanda, ó lo que es lo mismo, del fuero competente..... 91

Capítulo IX.—De los casos en que puede obligarse á otro á poner demanda, y quién sea entonces el juez competente. 105

Capítulo X.—De la citación ó emplazamiento 111

Capítulo XI.—De la contestacion de la demanda y de cómo se sigue el juicio en rebeldía por falta de ella..... 115

Capítulo XII.—De las excepciones y defensas en que se funda la contestacion de la demanda..... 122

Capítulo XIII.—Se consideran en particular

III

las excepciones de reconvenccion y compensacion..... 150

Capítulo XIV.—De la formacion de los autos en cuadernos..... 158

Capítulo XV.—¿Qué es artículo?..... 160

Capítulo XVI.—De los dias feriados, de los plazos ó dilaciones y de la acusacion de rebeldía..... 162

Capítulo XVII.—De la réplica y dúplica, y de las juntas..... 165

Capítulo XVIII.—De las pruebas..... 170

Parte primera.—Qué cosa es prueba y quién debe probar..... 171

Parte segunda.—Qué pruebas pueden presentarse en juicio..... 174

—Primera prueba plena.—La confesion de la parte hecha en juicio..... 176

—Segunda prueba plena.—La declaracion de dos ó mas testigos contestes..... 180

—Tercera prueba plena.—Los instrumentos públicos y escrituras..... 191

—Cuarta prueba plena.—La evidencia ó inspeccion ocular..... 227

—Primera prueba semiplena.—La deposicion de un solo testigo..... 229

—Segunda prueba semiplena.—La confesion extrajudicial..... 230

IV

—Tercera prueba semiplena.—El cotejo de letras.....	232
—Cuarta prueba semiplena.—La fama pública por sí sola sin el apoyo de testigos idóneos.....	234
—Quinta prueba semiplena.—El juramento supletorio.....	236
—Sesta prueba semiplena.—Las presunciones ó indicios.....	241
Parte tercera.—De qué manera se han de presentar en juicio las pruebas....	248
Parte cuarta.—Dentro de qué término se deben presentar en juicio las pruebas....	252
Capítulo XIX.—De la restitucion del término de prueba.....	255
Capítulo XX.—De la publicacion de probanzas.....	259
Capítulo XXI.—Del juicio de tachas.....	260
Capítulo XXII.—De los alegatos de bien probado.....	265
Capítulo XXIII.—De la sentencia.....	271
Capítulo XXIV.—Qué cosa sea apelacion, ante quién y cómo se interpone.....	279
Capítulo XXV.—Qué cosa sea sentencia ejecutoriada en primera instancia, y cómo se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.....	286

V

Capítulo XXVI.—De la calificación del grado y de los efectos de la apelacion....	288
Capítulo XXVII.—¿Quién es el superior que conoce del recurso de apelacion, y que se llama juez "ad quem".....	294
Capítulo XXVIII.—De cómo se remiten los autos al superior, y de lo que éste hace cuando los recibe.....	297
Capítulo XXIX.—Del escrito de espresion de agravios en que se mejora la apelacion.....	298
Capítulo XXX.—De los brevetes.....	300
Capítulo XXXI.—De la contestacion de agravios.....	301
Capítulo XXXII.—De lo que se hace cuando hay prueba en segunda instancia....	303
Capítulo XXXIII.—Del auto de segunda instancia que es preparatorio de la sentencia, y del memorial ajustado á que se llama extracto.....	305
Capítulo XXXIV.—Qué se hace con el extracto, ó lo que es lo mismo, del cotejo.	307
Capítulo XXXV.—De cómo se señala el día para la vista, de lo que suceda en la vista de los autos, y de los informes en extractos.....	308

VI

Capítulo XXXVI.—De la sentencia definitiva en segunda instancia.....	311
Capítulo XXXVIII.—De la súplica, suplicacion ó tercera instancia.....	312
Capítulo XXXIX.—De cuándo se tiene por desierta la apelacion.....	315
Capítulo XL.—De la regulacion de las costas.	316
LIBRO TERCERO.—De los juicios sumarios... 318	
Seccion primera.—Del juicio ejecutivo..... id.	
Capítulo I.—Naturaleza del juicio ejecutivo y sus diferencias principales del ordinario. id.	
Capítulo II.—De los instrumentos ejecutivos, ó de los que se dice llevan aparejada ejecucion.....	319
Capítulo III.—Golpe de vista del juicio ejecutivo en todas sus instancias..	327
Capítulo IV.—De la demanda ejecutiva....	332
Capítulo V.—De los autos que puede expedir el juez vista la demanda ejecutiva, y principalmente del auto de exequendo ó mandamiento ejecutivo.	339
Capítulo VI.—De la traba formal de ejecucion.....	342
Capítulo VII.—¿Quiénes pueden ejecutar y ser ejecutados?.....	345
Capítulo VIII.—Sobre qué bienes puede recaer la ejecucion.....	350

VII

Capítulo IX.—¿Puede reducirse á prision al deudor si no tiene con qué pagar?.....	353
Capítulo X.—¿A quién toca señalar los bienes que han de ser embargados?.....	354
Capítulo XI.—Se debe nombrar un depositario inventariando los bienes si son muebles.....	357
Capítulo XII.—¿Qué quiere decir que se encargan al ejecutado los términos de la ejecucion, y cuándo se levanta el embargo?.....	358
Capítulo XIII.—De la oposicion del ejecutado.....	360
Capítulo XIV.—De las escepciones en que debe fundarse el escrito de oposicion....	362
Capítulo XV.—Del executor misto y de las escepciones de que puede conocer.....	365
Capítulo XVI.—De los diez dias de la ley, ó lo que es lo mismo, del término de prueba en el juicio ejecutivo.....	368
Capítulo XVII.—De la publicacion de probanzas y de los alegatos de bien probado que corresponden á este juicio.....	371
Capítulo XVIII.—De la citacion para remate, de la sentencia de remate y de las fianzas de las leyes de Toledo y de Madrid.....	372

VIII

Capítulo XIX.—Del avalúo de los bienes ejecutados	375
Capítulo XX.—De las almonedas ó de la venta subasta.....	378
Capítulo XXI.—Del postor y su papel de abono.....	382
Capítulo XXII.—De los tanteos ó retractos.	383
Capítulo XXIII.—Se pide la aprobacion del remate.....	387
Capítulo XXIV.—De los procedimientos del juicio ejecutivo en segunda y tercera instancia.....	391
Seccion segunda.—De las tercerías, ó lo que es lo mismo, del tercer opositor.....	392
Capítulo único.....	id.
Seccion tercera.—Del concurso de acreedores.....	403
Capítulo I.—Del concurso de acreedores en general.....	id.
Capítulo II.—Del concurso voluntario para pedir esperas.....	405
Capítulo III.—Del concurso voluntario para pedir quitas.....	411
Capítulo IV.—Del concurso voluntario para hacer cesion de bienes.....	413
Capítulo V.—Del concurso necesario que tiene lugar cuando alguno de los acreedo-	

IX

res pide ejecucion contra el deudor, y dos ó mas se oponen pretendiendo su preferencia	422
Capítulo VI.—Del concurso necesario que tiene lugar cuando muerto el deudor se presentan los acreedores en el juicio de su testamentaria.....	425
Capítulo VII.—Del concurso necesario que tiene lugar cuando el deudor hace fuga ó quiebra, y sus acreedores se presentan pidiendo sus bienes.....	426
Capítulo VIII.—Del orden en que deben pagarse los créditos en un concurso, y de la sentencia de graduacion.....	433
Capítulo IX.—¿Qué sucede cuando se presentan nuevos acreedores despues de formado el concurso?.....	448
LIBRO CUARTO.—De los juicios sumarios... ..	451
Seccion primera.—De los juicios de testamentarias.....	id.
Capítulo I.—Observaciones generales.....	id.
Capítulo II.—De los testamentos y herencia.....	452
Parte primera.—Definicion, origen y divisiones del testamento.....	453
Definicion del testamento.....	id.
Origen del testamento.....	454
Divisiones del testamento.....	456

Parte segunda.—Requisitos generales del testamento solemne.....	457
Division de los requisitos.....	id.
Requisitos del testador.....	id.
Requisitos de los testigos.....	463
Requisitos de forma del testamento....	464
Qué requisitos son esenciales al testamento y cuáles no lo son.....	467
Parte tercera.—Del testamento nuncupativo ó abierto, y del codicilo.....	468
Definicion del testamento nuncupativo..	id.
Modo de hacer, segun la ley, el testamento nuncupativo.....	469
Cuestiones diversas sobre el testamento nuncupativo.....	470
Requisitos del testamento nuncupativo..	471
Lo que se practica comunmente para hacer testamento en Méjico.....	474
Testamento nuncupativo del ciego.....	id.
Testamento nuncupativo por poder ó por comisario.....	476
Ejemplo de un testamento nuncupativo ó abierto.....	479
Ejemplo de un poder para testar.....	486
Ejemplo de testamento por poder.....	488
Del codicilo.....	489

Ejemplo de codicilo nuncupativo ó abierto.....	491
Parte cuarta.—Del testamento escrito ó cerrado.....	492
Definicion del testamento cerrado.....	id.
Modo de hacer el testamento cerrado....	id.
Requisitos del testamento cerrado ó escrito.....	493
Ejemplo del testamento escrito ó cerrado.....	495
Ejemplo de codicilo cerrado ó escrito....	496
Parte quinta.—Del testamento privilegiado.....	497
Definicion del testamento privilegiado..	id.
¿Qué testamentos privilegiados hay en Méjico?.....	498
Requisitos del testamento privilegiado..	id.
Observaciones.....	500
¿Qué cosa es testamento ológrafo?.....	502
Parte sexta.—Del testamento de los extranjeros.....	503
Observaciones históricas.....	id.
Lo que previene hoy el derecho de gentes en esta materia.....	505
Lo que está vigente hoy en materia de testamentos de extranjeros y lo que se practica en Méjico.....	508
Cuestion del testamento ológrafo hecho en Francia por un mejicano ó por cualquier extranjero.....	514

XII

Resúmen de la materia de testamentos.	519
Parte sétima.—De la herencia y de los herederos, de los legados y legatarios, y de los albaceas.....	id.
De la herencia.....	id.
De los herederos.....	521
Herederos testamentarios.....	id.
Descendientes.....	522
Ascendientes.....	524
Herederos voluntarios.....	525
Quiénes no pueden ser herederos.....	526
Del heredero condicional.....	530
De la aceptación de la herencia.....	532
De las mejoras y del testamento inoficioso.—Orígen de las mejoras y de la desheredación.....	533
De las mejoras.....	534
De la desheredación.....	540
Del testamento inoficioso.....	544
De la sustitución de heredero.....	547
De la cuarta trebeliánica.....	553
Cuadro sinóptico de los herederos testamentarios.....	555
De los herederos abintestato.....	556
Primer orden de herederos abintestato.—	
Los descendientes.....	557

XIII

Segundo orden de herederos abintestato.	
—Los ascendientes.....	561
Tercer orden de herederos abintestato.—	
Los colaterales.....	562
Cuarto orden de herederos abintestato.—	
El fisco.....	564
Cuadro sinóptico de los herederos abintestato.....	565
¿Qué herederos deben pagar el seis por ciento al fisco?.....	566
De los legados y legatarios.....	567
Legados forzosos ó mandas.....	id.
Legados voluntarios.....	568
Qué cosas se pueden legar.....	id.
División de los legados voluntarios y reglas.....	571
Derecho de acrecer.....	573
Legado condicional.....	574
Legado con demostración.....	575
Legado causal.....	id.
Legado de modo.....	576
Cuándo se adquiere el legado.....	id.
Cómo se acaban los legados.....	578
Acciones que competen al legatario....	580
De la cuarta falcidia.....	581
Distinción entre legado y fideicomiso....	583
De la donación causa mortis.....	584

De los albaceas.....	584
De los comunicados secretos.....	591
Capítulo II.—¿Quién es el juez competente en los juicios de testamentarias?.....	594
Capítulo III.—De qué manera se pide la apertura de un testamento.....	595
Capítulo IV.—De cómo se pide que se eleve á testamento nuncupativo una simple memoria testamentaria.....	597
Capítulo V.—Del juicio de inventarios, y primero de los inventarios solemnes....	601
Capítulo VI.—De los inventarios simples ó por memorias extrajudiciales.....	607
Capítulo VII.—De la particion de la herencia.....	611
Capítulo VIII.—De lo que debe tener presente el partidor de la herencia.....	615
Capítulo IX.—Del orden que debe seguir el partidor en las deducciones y liquidacion de la cuenta de hijuela.....	627
Capítulo X.—De la cuenta de division ó particion, ó hijuela.....	634
Capítulo XI.—De la aprobacion judicial de la cuenta, y plazo en que ésta debe llevarse á ejecucion.....	650
Seccion segunda.—De los juicios de alimentos.....	651

Capítulo único.....	651
Seccion tercera.—De los juicios de arrendamientos.....	657
Capítulo único.....	id.
Seccion cuarta.—Del juicio de apeo ó deslinde.....	661
Capítulo único.....	id.
LIBRO QUINTO.—De los juicios sumarísimos de posesion y de las providencias precautorias.....	666
Seccion primera.—De los juicios sumarísimos de posesion.....	id.
Capítulo único.—De los interdictos en general, y en primer lugar de los posesorios.....	id.
Del juicio de tenuta.....	680
Capítulo II.—De los interdictos prohibitorios.....	682
Capítulo III.—De los interdictos restitutorios.....	687
Capítulo IV.—De los interdictos exhibitorios.....	693
Seccion segunda.—De las providencias precautorias.....	693
Capítulo único.....	id.
Del embargo provisional.....	694
De las preguntas anteriores al juicio....	703
De la informacion ad perpetuam.....	704
De la fianza de arraigo.....	id.
De otras fianzas diversas.....	706

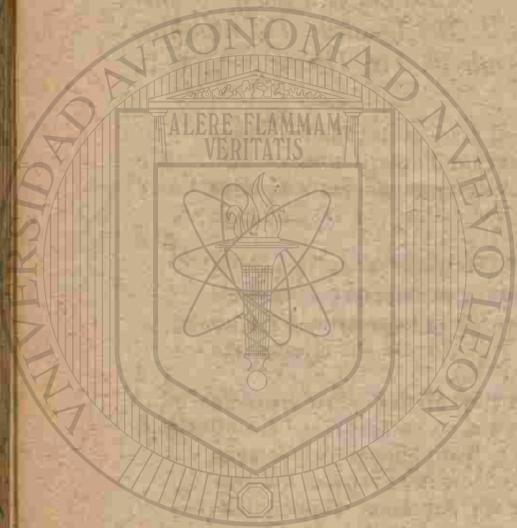
XVI

Observacion sobre el carácter de algunos interdictos que parecen providencias precautorias.....	708
LIBRO SESTO.—De los recursos extraordinarios.....	709
Capítulo I.—De los recursos extraordinarios en general, y primero del de competencia.....	id.
Capítulo II.—De los recursos de fuerza y proteccion.....	716
Capítulo III.—De la recurso de denegada apelacion, suplicacion y nulidad.....	726
Capítulo IV.—Del recurso de aclaracion de sentencia.....	728
Capítulo V.—Del recurso de nulidad.....	731
Capítulo VI.—Resúmen de la obra y conclusion.....	734

FIN.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
DIRECCIÓN GENERAL DE BIENESTAR

LIBROS

De jurisprudencia civil y canónica que se hallan de venta en la librería e imprenta de J. M. Aguilar y compañía, primera calle de Sto. Domingo núm. 5.

APENDICE al manual de práctica forense de D. Eugenio Tápio, 1 t. 8vo.	0 6
BIBLIOTECA de procuradores y agentes de negocios judiciales, por D. Domingo Rivera, 1 t. 4to.	5 0
CAMPOMANES, tratados de la regalía de España, ó sea el derecho real de nombrar á los beneficios eclesiásticos de toda España y guarda de sus iglesias vacantes, 1 vol. 4to.	1 4
CAÑADA, juicios civiles y recursos de fuerza. 2 ts. 4to.	9 0
CAVALARIO. Instituciones del derecho canónico, traducidas al español del texto del autor sin supresion alguna, ilustradas con notas por el Dr. Rodriguez de Zepeda. Cuarta edicion, corregida notablemente, 3 ts. en 12vo.	2 0
CODIGO de procedimientos civiles y criminales, por Romero Gil, 1 vol. 4to.	2 0
CODIGO de comercio de Méjico, 1 vol.	2 0
COLECCION de decretos del año 1838.	0 6
COLECCION de leyes fundamentales, 1 t. folio menor, rústica.	2 4
COMENTARIO crítico, jurídico, literal á las ochenta y tres leyes de Toro, por	

- Llamas y Molina: tercera edicion, adicionada por D. José de Vicente y Caravantes, 2 ts. en 4to. 8 0
- COMPENDIO del derecho romano, compuesto en vista de las obras de Vinnio, Heineccio, Sala, etc., 1 t. en 12vo. 1 2
- CONCILIO de Trento, traducido por D. José López de Ayala, con el testo latino corregido. Nueva edicion, 1 t. en 8vo. 2 4
- El mismo en latin. 1 0
- CURIA filípica mejicana, obra completa de práctica forense, en la que se trata de los procedimientos de todos los juicios, ya ordinarios, ya extraordinarios y sumarios, y de todos los tribunales existentes en la República, tanto comunes como privativos y privilegiados, conteniendo además un tratado íntegro de la jurisprudencia mercantil, 1 vol. 4to. mayor. 6 0
- CURSO de derecho natural ó la filosofía del derecho, por H. Ahrens, y una tabla por orden alfabético, 1 vol. 12vo. 1 0
- DECRETOS del gobierno provisional, 3 ts. 12 0
- DEVOTI. Instituciones canónicas puestas en castellano, y reducidas puramente á la parte doctrinal, 1 vol. 12vo. 2 0
- DICCIONARIO razonado de legislación y jurisprudencia, por D. Joaquin Escriche, edicion de 1858, corregida y aumentada con un suplemento, 1 t. en 4to. mayor muy grueso. 16 0
- DICCIONARIO de jurisprudencia criminal mejicana, con todas las leyes es-

- peciales y variantes que rigen en la República en materias de delitos y penas, 1 t. en 8vo. 3 0
- DICCIONARIO de derecho canónico, arreglado á la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna. Con un conocimiento exacto y completo de los cánones, de la disciplina, de los concordatos, y de varias disposiciones relativas al culto y clero. Los usos de la corte de Roma, la práctica y reglas de la Cancillería romana: la gerarquía eclesiástica, con los derechos y obligaciones de los miembros de cada grado, la policía exterior, Indisciplina general de la Iglesia, etc., y particularmente todo lo comprendido en el derecho canónico, con numerosas adiciones y artículos nuevos importantísimos del derecho canónico, medicina legal é higiene pública, 1 t. 4to. 8 0
- ELEMENTOS del derecho romano segun el órden de las instituciones, traducidos y anotados por Heineccio. Tercera edicion, 1 t. en 12vo. 1 2
- ELEMENTOS de práctica forense, por D. Lucas Gomez y Negro, con adición de las variaciones sustanciales que se han hecho en la materia, 1 vol. 8vo. 2 0
- ESCRICHE. Elementos del derecho español, aumentada con un compendio de la historia del mismo, 1 t. en 12vo. 1 4
- ESCRICHE. Manual del abogado americano, 1 t. en 12vo. 2 0

FEBRERO mejicano, obra completa de jurisprudencia teórico-práctica, 4 vols.	28 0
GUTIERREZ. P. áctica forense criminal con muy considerables aumentos segun la práctica de Méjico, 3 ts. 4.º	8 0
HEINECIO. Recitaciones del derecho civil. 3 vols. 12vo.	4 4
INSTITUCIONES canónicas por el Illmo. Sr. Clemente de Jesus Munguia.	5 0
INSTITUCIONES del derecho canónico, por Justo Domingo, 3 vols. 12vo.	5 0
LECCIONES del derecho administrativo por Laredo, 1 vol. 8vo., rústica.	1 4
LEGISLACION mejicana, coleccion de leyes y decretos que comprende desde el año de 1848 á 1856, 13 tomos 4to.	35 0
LIBRO de los códigos ó prenociones sintéticas de codificacion romana, canónica, española y mejicana, por el Lic. Mercado, 1 vol. 4to.	6 0
LITIGANTE (el) instruido, ó el derecho puesto al alcance de todos, 1 t. 12vo.	1 0
MANUAL de abogados, por Manresa y Sanchez, 1 t. 12vo.	1 0
MANUAL de alcaldes y jueces de paz.	1 4
MANUAL de derecho eclesiástico, 1 t.	1 0
MANUAL del derecho mercantil, por Toruel, 1 vol. 4to.	1 0
MANUAL de testamentos y juicios testamentarios, escrito con arreglo á las doctrinas de los mejores autores, y arreglado á un plan sencillo y al alcance de todos por el Lic. R.ª B.ªrcena, 1 vol. 8vo.	1 0
MUNGUIA. Del derecho natural en sus	

principios comunes y en sus varias ramificaciones, 4 ts. 8vo.	7 0
NOVISIMA recopilacion de las leyes de España, intercaladas en sus lugares las del suplemento para los años de 1805 y 1807, y añadidas las Ordenanzas de Bilbao, 5 ts. en 4to.	20 0
ORDENANZAS de la ilustre Universidad de Bilbao, 1 t. 4to.	1 4
ORDENANZAS de minería y coleccion de las órdenes y decretos de esta materia, posteriores á su publicacion. A las que van agregadas las reformas de que son susceptibles algunos de los artículos vigentes de las mismas Ordenanzas, y dos láminas para explicar los métodos mas económicos de disfrutar las vetas: nueva edicion, 1 vol. 8vo.	2 4
ORDENANZAS de tierras y aguas, ó sea formulario geométrico judicial, etc., quinta edicion, corregida y aumentada, 1 vol. 4to.	2 4
PANDECTAS hispano-mejicanas, ó sea código general comprensivo de las leyes generales, útiles y vivas de las siete Partidas, Recopilacion novísima, la de Indias, autos y providencias conocidas por de Montemayor y Beleña, y cédulas posteriores, etc., por el Lic. Juan N. Rodríguez de San Miguel, nueva edicion, 3 ts. 4to. mayor.	24 0
PRINCIPIOS de derecho de gentes, por Bello, nueva edicion, 1 vol. 18vo.	1 2
SALA. Ilustracion del derecho real de	

España, ordenada por D. Juan Sala, reformada y añadida con varias doctrinas y disposiciones del derecho novísimo y del patrio, y arreglada según las leyes últimamente publicadas, 2 vols. 12vo.	7 0
SIETE partidas del rey D. Alfonso el Sábio, cotejadas con varios códices antiguos, etc., y glosadas por el Lic. Gregorio López, 5 vols. 4to., nueva edición,	25 0
SOGLIA. Instituciones de derecho canónico público y privado, 2 vols. 8vo.	7 0
TAPIA Febrero novísimo , 6 libretas de jueces, abogados, escribanos y médicos legistas; refundida y ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal y algunos otros, por D. Eugenio de Tapia, nueva edición notablemente emendada, 6 vols. 4to.	12 0
THIERS tratado de la propiedad, 1 vol.	2 0
TRATADOS de los procedimientos civiles en los juzgados militares, y de los tribunales y procedimientos eclesiásticos, por D. José de Vicente y Caravantes, 1 vol.	4 0
TRATADO de jurisprudencia mercantil, por D. Eugenio de Tapia, 1 vol. 4to.	2 0
WHEATON , Derecho internacional, 2 ts. 4to.	8 0
WHEATON , Derecho internacional mejicano, 1 t. 4to.	4 4

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



JEN
OTE