

todas cosas el instrumento que trae aparejada la ejecucion; 3ª si por la ley se requiere alguna cualidad para que sea admitido al juicio; pues en este caso debe acreditar que la tiene, y que es la misma que la ley exige, á menos que el reo no la excepcione, en cuyo caso bien se puede seguir el juicio sin este requisito.

49. El segundo caso es cuando el actor demanda en nombre y como procurador de otro: entonces, aunque sea cesionario debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion, y de no hacerlo le obstará la excepcion *tua non interest* (esto es, no te importa ó no es de tu interes), y podrá el juez repelerle de oficio por carecer de accion, siendo injusto permitir que uno sea molestado en juicio por quien no tiene interes, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro á mas de que seria burlarse del juez, y por eso nuestro derecho ¹ manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, mientras no acredite con el poder tener facultades para ella, é impone pena á los escribanos y relatores del Consejo y audiencias; á aquellos si pasan á estos los autos antes que los poderes esten firmados por bastantes por los abogados de las partes; y á estos si hacen relacion del pleito sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los jueces instruidos proveen este auto: *Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho se traiga. Y si se opone en nombre del reo sin su poder, dicen: Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide por el término ordinario.*

50. Se estiman y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir previamente, las fianzas ó seguridades que se piden y deben dar en juicio, y son las de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado; la de no ofender, que es cuando alguno se queja de que otro le amenaza; pues puede implorar el oficio del juez, y justificando á un tiempo no solo la amenaza sino que el que la hizo suele poner en ejecucion las que hace (pues no basta la justificacion de una cosa sola), debe el juez compeler á este á que afiance y asegure que no hará daño al querrelloso, sus bienes ni familia, por si ni por medio de otro; la de *rato ó aprobacion*, que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder, ó sin el bastante, ó como conjunto en los casos que el derecho prescribe, de que su parte habrá por firme y no reclamará lo que se practique en el pleito, la que el

¹ Leyes 2 y 3, tit. 3, lib. 11, Nov. Rec.

actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion sea condenado, y este absuelto; la de *indemnidad* ó cuando el reo preso en cárcel estrecha pretende se le alivie y traslade á otra mejor, ó que por cárcel se le den villa y arrabales, y da fianza ó caucion ó seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el juez se lo permita; la *convencional* en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio si lo pactan los contrayentes; la de *mudanza de condicion*, v. gr. cuando el deudor que está obligado á pagar cierta suma á plazo determinado, va empobreciendo, pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará; la que el Soberano ó su Consejo mandan dar al deudor que pretende espera ó moratoria para que durante esta no le persigan sus acreedores, sin la cual no vale ni le aprovecha, y segun la ley 1, tit. 33, lib. 11, Nov. Rec., no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos, ver su respuesta, y que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar cumplido el tiempo de la concesion; la que los juriconsultos llaman *Muciana*, cuando el testador legó cierta cosa ó cantidad á dia fijo, ó con condicion, y su heredero afianza de que verificada esta, ó cumplido aquel, entregará al legatario su legado; la de *damno infecto* (daño no hecho), que es para asegurar y resarcir el daño que no ha sucedido, pero que puede suceder; la de *usufructo*; la que se da en las denuncias de obra nueva; la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la cuarta *falcidia*; las de las leyes de Toledo y Madrid, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y Real; todas las cuales son relativas á la persona del litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, y de lo contrario no valdrán, porque como obligaciones accesorias y subsidiarias no pueden subsistir sin las principales, ni verificarse ó surtir su efecto sino á falta de estas, por ser fianzas puras y simples.

51. Las excepciones concernientes á la causa son la *litispendencia* sobre el mismo asunto ante diversos jueces, ó ante uno y distintos escribanos; la *subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con relacion siniestra; la de *estar el libelo inerto ú oscuro*; la de *pacto temporal de no pedir*; la de *carecer el actor de accion para litigar, pedir antes que espire el plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes ¹, las cuales debe poner el reo an-

¹ Ley 9, tit. 3, Part. 3.

tes de la contestacion, á menos que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante, en que el reo no haya intervenido, ó que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos, en cualquiera parte del juicio que las advierta, las pueda oponer, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

52. En estas excepciones no tiene lugar la *acumulacion* que produce la *litispendencia*, pues no solo se puede pretender en cualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vejacion en diferentes tribunales sobre una misma cosa ¹. Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las cuales tratan Felin. in cap. *Excepcion*. col. 9, vers. *Fallit, de except.* y Alex. in leg. *Ita demum*, Cod. de *procurator*.

53. En la acumulacion de autos y procesos por causa de la *litispendencia*, se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les irrogue detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de manera que la dada en un juicio pueda servir de excepcion en el otro, ó que los jueces y escribanos consientan se traten accesoriamente por su privativa utilidad pecuniaria y regalía de jurisdiccion.

54. Para que haya *litispendencia* es menester que el juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado ó instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que si no lo fuere tenga él la culpa, por no dejarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben aprovechar su dolo y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion que el obediente ²; y es de advertir que pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote ó donacion por casamiento ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado ó fideicomiso, ó en los juicios universales, en que el juez permite, porque asilo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos y alimentos de su familia ³. Fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, y si no puede ser, subrogarse otra en su

¹ Carlev. tit. 2, disp. 2, num. 5 al 12; Molin. de *primogen.* lib. 3, cap. 13, num. 61; Guttier. lib. 1, *Pract.* quæst. 52, num. 4. — ² Clementin. 2, *Ut lite pendente*, etc. ibi *Immol.* — ³ Leyes 13 y 14, tit. 7, Part. 3, y ley fin. Cod. de *rebus litig.*

lugar; y así el rescripto ó privilegio que durante el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica á la parte contraria por ser subrepticio; bien que por la *litispendencia* no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos y uso de su comodidad; antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle se le irrogaba injustamente grave daño quitandoselo sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño y poseedor.

55. Supuesto lo referido debo sentar que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por cualquiera de las tres causas siguientes. La primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga*, pues de ventilarse ante dos jueces, y en diferencia dada por uno obstaría y podría oponerse como excepcion ante el otro. La segunda por *litispendencia*, que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio ó cuasidominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravámen que tenga ó sobre posesion de ella), y así no debe continuar el juez segundo, estando principiada la causa ante el que previno el conocimiento. Lo mismo procede cuando el deudor forma concurso voluntario ante cualquier juez suyo, pues puede pedir y hacer que se unan y acumulen todas las causas que contra él penden ante otros, ya se hayan movido antes ó despues de formado, entablando esta pretension ante el del concurso en cualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescrito para oponer las excepciones dilatorias ¹, porque como juicio universal avoca y atrae á sí á todos los particulares, segun en él diré. La tercera causa porque debe hacerse la acumulacion es para que no se divida la *continencia* de la causa, lo cual puede suceder en seis casos. 1º Cuando concurren las tres identidades, de *persona* (aunque esté representada por otro) *juicio* y *cosa*; quiero decir, cuando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. 2º Cuando la accion es diversa; pero la cosa y litigantes son los mismos. 3º Cuando la cosa es distinta; pero la accion y los litigantes son los mismos. 4º Cuando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchos, aunque la persona y cosas sean diferentes; v. gr. la accion de tutela, por la cual se procede contra muchos tutores; ó cuando los acreedores litigan contra su

¹ Salg. Part. 1, *Labyr.* cap. 4, § 3.

deudor, ya sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular y privativo. 5º Cuando la accion y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos* por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos, aunque en ellas haya edificios ó árboles; el de division de herencia; el de particion de la cosa que pertenece á muchos; el de *tenuta*, y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio y vejacion de las partes, y así se han de tratar ante un juez, para que viendo á un tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca. 6º Cuando los juicios son y se reputan como un género y especie, pues no deben dividirse¹.

56. Se exceptúan sin embargo siete casos, en los cuales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. 1º Cuando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el juez, como que no es interesado ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. 2º Cuando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiástico y otro del secular. 3º Cuando el reo demandado ante el primer juez es contumaz, pues por su contumacia pierde la excepcion y beneficio que le competia, á no ser que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su justicia, que entonces le recuperará con este acto. 4º Cuando el juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo pleito, ó intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. gr. si dos reos, uno clérigo y otro lego son cómplices de un delito, ó el negocio toca á entrambos, pues debe tratarse ante el juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, como vi decidido en el Consejo en pleito que seguí (*). 5º En las ejecu-

¹ Carlev. de judic. tit. 2, y disp. 1 cit., num. 3, 4 y 11, Salg. *Labyr.* Part. 1, cap. 4, §§ 1, 2 y 3.

(*) Sin embargo, siendo cómplices de un delito dos personas de distinto fuero, sería muy conveniente que no se dividiese la continencia de la causa, porque realmente no debe ser mas que una, siendo una la sumaria, y unas las pruebas ó los medios de probar. En este caso sería muy oportuno para facilitar la brevedad de la causa, que ambos jueces hallándose en un pueblo, formasen un solo tribunal, en donde se viesse y sentenciase excusándose competencias, siempre muy perjudiciales para la recta administracion de justicia. Si estuviesen separados, debería seguirla el que primero hubiese conocido en ella, dando despues al otro noticia de la sentencia para que le constase, ó para que la pusiese en ejecucion con respecto al reo de su fuero. Esto debe entenderse en cuanto á los delitos en que no se incurre en desafuero, pues de los otros debe conocer indispensablemente la justicia ordinaria. *Febrero adicionado.*

ciones, pues el ejecutante puede acudir ante distintos jueces para la mas pronta exaccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni excluye al otro (*). 6º Cuando los procesos estan en diversas instancias, v. gr. uno en primera y otro en segunda ó tercera. 7º Por razon del juramento del contrario, pues por él adquiere jurisdiccion el juez eclesiástico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, mas no seguir por ambos á un tiempo sobre la misma cosa.

57. Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales, pendientes ante escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó agraviados, ha de hacerse al del juez que debe conocer de la causa, el cual es el primero que empezó, aunque no sea tan condecorado, y si los escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, ya fuese á pedimento de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la ejecucion de cosa juzgada, ó eviccion, cuando ante el escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero. Con el auto en que se manda al escribano que vaya á hacer relacion y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion, para que las conste y usen de su derecho, debiendo extenderle el que llamó al otro con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido, se principió.

58. Si los autos penden ante dos jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si ambos lo son, pero consejero el uno, y el otro alcalde ú oidor de audiencia ó chancillería; ó si el uno solo tiene los honores de toga y el otro destino en tribunal donde todos son togados, etc., se ha de pretender ante el mas digno que el escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos

(*) Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axioma el que la litispendencia no se admite en los juicios ejecutivos, y que puede el ejecutante recurrir á diversos jueces para la mas pronta ejecucion de su crédito; dudo mucho que en el dia sigan los jueces sensatos esta doctrina, que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon sólida. *Febrero reformado.*

Sería una accion poco conforme á los principios de humanidad, y contraria á la justicia misma, el que por una misma deuda se viesse un hombre vejado por diferentes tribunales... Si tuviese lugar esta doctrina se complicarian las diligencias, se comprometeria la autoridad de los jueces, y el reo no podría acudir á un tiempo á defenderse en todas partes. *Febrero adicionado.*

de este se acumulen á los del otro, ó al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae á si lo menos digno, y el escribano del juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los suyos. Pero si el juez de menor graduacion es comisionado por el Rey ó por tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él si se lo manda, porque no procede como ordinario sino representando al superior que le dió la comision, en la que es mas que el juez particular graduado; así lo he visto practicar siempre en la Corte, y es conforme á razon.

59. Declarando haber lugar á la acumulacion, debe el escribano á quien le quitan los autos, entregarlos integros y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, incluso los de hacer relacion; pero cuando no ha lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde y como las convenga, no está obligado á su entrega ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha á la parte algo de los otros puede pedir de ellos los testimonios que necesite¹, y que á este efecto el juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos á la parte contraria, para que si quisiere se halle presente á verlos corregir y concertar. Asimismo en el auto en que se declare haber ó no lugar á la acumulacion se ha de expresar haber hecho relacion cada escribano de los que pendian en su oficio; y si unos y otros penden ante un escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud y á continuacion del auto en que se mandan dar, se pueden poner: así lo he visto practicar siempre sin disputa. Por último mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó ejecutorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como articulo dilatorio hace suspender el progreso de los autos hasta que se declare.

60. Excepciones meramente *perentorias* se llaman las que extinguen el derecho del actor, v. gr. las de no haber entregado el dinero: la prescripcion: solucion: juramento de no pedir la deuda en juicio: pacto perpetuo de no pedir: simulacion de contrato: dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase: miedo grave que le impulsó á constituir la obligacion, y otras semejantes.

61. Se titulan *mixtas* ó *anómalas* las excepciones que participan

¹ Ley 18, tit. 15, lib. 7, Nov. Rec. vers. *Item de qualquiera proceso que se remitiese. Cur. Filip. part. 1, § 8, verb. Juicio, num. 11.*

de la naturaleza de dilatorias y perentorias, v. gr. *la cosa juzgada: transaccion: pleito acabado: paga, finiquito, prescripcion*, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle ó no tenerla ya aunque la hubiese tenido (*).

62. Las excepciones llamadas *perjudiciales*, se comprenden entre las dilatorias, y son de dos clases, unas *absolutamente* y de suyo *perjudiciales*, y otras que lo son respectivamente. Las primeras se proponen sobre causa muy grave y de gran perjuicio, v. gr. sobre el estado de libertad, servidumbre é ingenuidad de alguno; si es ó no hijo de quien se dice; si el parto es ó no verdadero; y otras semejantes: las cuales son perjudiciales de suyo por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *perjudiciales* cuando el hijo dice que no está bajo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia á su padre, ó el vasallo á su señor, ó el monge á su abad; y estos por la accion perjudicial deben ser compelidos á obedecer á sus respectivos superiores.

63. Son perjudiciales respectivamente las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo cual sucede de diversos modos. 1º Cuando se intentan dos, una principal y otra accesoria, pues aquella perjudica á esta porque se trata primero de ella. 2º Por razon de su contrariedad, v. gr. cuando se instaura una y luego otra contraria, pues no se admite esta por el perjuicio que causa á la otra. 3º Por la de mayoría y preeminencia, v. gr. cuando se intentan dos civiles, una particular y otra universal, pues aquella cede á esta porque el juicio universal, como mayor, es preferido al particular; ó cuando la una es civil y la otra criminal, y esta absorbe en si á aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal por ser mayor, perjudica el curso de la otra. 4º Por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion ningun pleito puede nover sobre ella el despojador al despojado. 5º Cuando alguno intenta la accion de division de herencia diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica á la accion intentada. 6º Cuando intenta la de division de cosa comun, y se le niega ser comun la

(*) Entre las excepciones meramente perentorias pone Febrero las de prescripcion y de paga, que cuenta asimismo despues entre las mixtas ó anómalas. Ademas dice que son de esta clase todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no haberla tenido ó no tenerla ya, lo cual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de meramente perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las excepciones el miembro de mixtas ó anómalas, que en mi concepto menos que dara claridad sirve para causar confusion. *Febrero reformado.*

cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que la obtenga en juicio pasar á dividirse. 7º Cuando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ó contra el fiador simple, porque si se le opondrá la excepcion de la excusion en el principal obligado, debe hacerla primero, y esta perjudica á la accion. 8º Cuando se opondrá al actor la excepcion de excomunion mayor, de la cual se debe conocer antes que del principal negocio. 9º Cuando no tiene accion, ó no legitima su persona, ó se excepciona contra la del juez por incompetencia ó sospecha, de suerte que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ó por via de excepcion, de la cual debe tratarse antes que de la del actor, se llama *perjudicial*, porque detiene y perjudica su curso y conocimiento.

64. Explicada ya la naturaleza de todas las especies de excepciones pasaré á tratar 1º del orden con que deben proponerse, 2º del tiempo que para ello conceden las leyes. Empezando, pues, por las dilatorias debe saberse que la primera que ha de proponerse antes que todas las demas, es la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion; pues de omitirla el reo se sujeta á él, le proroga la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal: lo cual no sucede con la recusacion, porque esta requiere varias solemnidades, y á veces expresion y justificacion de las causas porque se hace, como se ha dicho. Así que la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun cuando exija mayor exámen é indagacion: requiere especial y expresa declaracion, la cual no es precisa en otras excepciones, y de ella puede conocer el propio juez, sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia; pues solamente se llama así aquella de la cual se sigue daño ó provecho á alguno, y aqui ninguno se sigue al juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplía la de su oficio, debiendo esto entenderse, ya sea requirente ya requierdo, especialmente si se controvierte entre partes.

65. Propuesta la declinatoria se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el juez no puede pasar adelante interin no se declare expresamente por competente, y se consienta ó ejecutorie el auto, y si procede sin esta declaracion expresa (pues no basta la tacita), es nulo el proceso. Si se pone la excepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion

sobre ella no puede expedirse el negocio principal, debe el juez hacerla expresa ó tácitamente. Cuando se opondrá alguna otra dilatoria, que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe definirse tambien incontinenti y no reservarse para el fin de la causa, á efecto de que esta no quede ilusoria, ni el reo sea vejado con expensas inútiles. Lo mismo se debe practicar cuando propone alguna perjudicial que de dejarse para definitiva se sigue gravámen irreparable por esta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado. Pero sobre las demas excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida; y lo que se practica es recibir el pleito á prueba sobre lo principal sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

66. Si el reo forma artículo de no contestar y no pide que así se declare ante todas cosas, ni hace la protesta de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte, y el juez desprecia el artículo expresa ó tácitamente; ya no puede pretender término para contestarla por haberse pasado, en cuya atencion puede el juez recibir el pleito á prueba sobre lo principal, porque se tiene por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las excepciones perentorias que se dirijan á enervar y extinguir la accion del demandante, aunque no las haya expresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion expresa, no debe el juez recibir el pleito á prueba despreciando el artículo, sino mandarle que conteste dentro del término de la ley, y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

67. Las excepciones perentorias deben oponerse despues de la contestacion ¹, y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenando al reo segun los méritos del proceso.

68. Las excepciones mixtas ó anómalas pueden oponerse antes ó despues de la contestacion, y á veces no solo antes de esta, como dilatorias, ó como mas haya lugar y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se mande con-

¹ Mejor seria decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas; pues alegar, por ejemplo, el demandado que ha satisfecho la deuda, ó que se obligó por haber usado el actor de dolo no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda. *Febrero reformado.*

testar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para enervar la accion del demandante, que es el único fin á que se dirigen.

69. Si oponiéndose antes ofrece el reo probarlas incontinenti, que es en el término legal, y las prueba, deben decidirse, á menos que requieran mas escrupuloso exámen é indagacion, por ser intrincadas en el hecho (lo cual se deja al arbitrio del juez por no haber ley sobre esto), y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para definitiva, segun ha de hacerse tambien cuando se oponen despues de la contestacion como perentorias. Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno porque acerca de la disputa de derecho no cabe ni se requiere orden judicial, y siempre ha de ser una la determinacion del juez; y lo otro porque para el pleito que consiste en mero derecho no conceden término las leyes por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las excepciones dilatorias concernientes á los méritos de la causa ¹ (*).

70. Tambien se deben resolver ó definir antes de pasar adelante las relativas al proceso, que llaman *emergentes ó incidentes*, como si se ha de conceder ó no mas término, si se han de recibir ó no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes.

71. Tratemos ahora del término que conceden las leyes para proponer las excepciones. Aunque una de Partida ² ordena que si el juez conociere ser la intencion del reo dilatar el pleito con las excepciones, puede prefijarle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no haciéndolo, que pase adelante; sin embargo otra ley de la Nov. Rec. ³ prescribe el tiempo en que deben ponerse. Segun ella residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del juez, de cuya orden se le emplazó, tiene nueve dias continuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales, desde el dia de la citacion ó emplazamiento exclusive, para oponer y justificar las excepciones dilatorias, pasados los cuales no se deben admitir en calidad de tales ni por via de restitution del privilegiado á

¹ Cap. 1, de *litis contest.* in 6.

(*) Es excepcion dilatoria concerniente á los méritos de la causa segun Carleval (u. n. 14 cit.) la de pedir el actor antes del plazo estipulado.

² Ley 9, tit. 3, Part. 3, verb. *Otrosi decimos.* — ³ Ley 1, tit. 7, lib. 11, Nov. Rec.

quien competa, á menos que de no admitirse se le siga un grave perjuicio, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces con conocimiento de causa puede el juez admitirlas. Pero si se halla fuera de la jurisdiccion se cuentan los nueve dias desde el siguiente al del último y perentorio término que el juez en consideracion á la distancia le hubiere asignado para comparecer ¹.

72. Para alegar y proponer las excepciones perentorias de cualquier calidad que sean, refine la ley otros veinte dias, los cuales empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure así, como tambien que hasta entonces no llegaron á su noticia, en cuyo caso no probándolas en el término que el juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar á la definitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno ².

73. En la instancia en que se opusieron alguna ó algunas excepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella, á no ser que quien la opone, pueda justificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria ³; ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella á causa de ignorarle; y así se practica.

74. Lo expuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la restitution por entero, porque estos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez con tal que sea antes de la conclusion para definitiva, pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas ⁴. El juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga. Por último si consiste en hecho, es preciso oponerla; y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla.

¹ Dicha ley 1, que dice: «contados del fin del término de la carta de emplazamiento.» — ² Ley 1 cit. — ³ Leyes 1, 2 y 3, tit. 7, lib. 11, Nov. Rec. — ⁴ Leyes 1 y 2, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec.