

CAPITULO XII.

DE LA PUBLICACION DE PROBANZAS, Y RESTITUCION DEL TÉRMINO PROBATORIO QUE COMPETE A LOS MENORES Y DEMAS QUE GOZAN DEL MISMO BENEFICIO.

Pasado el término por que la causa se recibió á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido, regularmente hablando, admitir testigos en primera instancia; y lo que se debe practicar es: pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron. — No habiendo hecho probanzas las partes, y espirado que sea al término concedido, pueden concluir para definitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho. — De la pretension de publicacion de probanzas ha de comunicarse traslado á la otra parte, y ¿para qué fin? — ¿Para qué sirve la publicacion? — Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el juez originario del pleito, y no el delegado. — Término que ha de conceder el juez por via de restitucion á los menores de veinticinco años, y á otros privilegiados. — Segun práctica inconcusa del Consejo y demas tribunales de la Corte, se concede por via de restitucion la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado. — ¿Qué habrá de acreditar el privilegiado para esta concesion de término? — Circunstancias precisas que se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio. — El término de la restitucion es comun, y como tal compete al litigante no privilegiado. — El no privilegiado no puede, hecha publicacion, alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella por testigos. — No solo compete el privilegio de restitucion á los que gozan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella coadyuvando como terceros el derecho de otro no privilegiado. — Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno de ellos goza del privilegio, á menos que el uno trate de adquirir lucro, y el otro de evitar daño. — Si la cosa litigiosa fuere *individua*, y perteneciere á dos, uno mayor y otro menor, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es: máno, siendo la cosa *dividua*.

1. Pasado todo el término por que la causa ó negocio principal

se recibió á prueba, y no siendo menores ó privilegiados los litigantes, está prohibido (regularmente hablando (*)) admitir testigos en primera instancia, á fin de evitar sobornos y perjurios¹; bien que se pueden examinar los que dentro de él fueron juramentados, como queda expuesto en el párrafo 14 del capítulo anterior; y así, lo que se debe practicar es: pedir una de las partes publicacion de probanzas, si las hicieron, en cuyo solo caso es sustancial en el juicio, segun nuestro derecho²; pues si no la piden, no se vicia el proceso por su defecto³; y si no hicieron probanzas, no tiene sobre qué recaer la publicacion. En segunda ó tercera instancia no se deben hacer probanzas por testigos, ni admitirse interrogatorios sobre los mismos artículos ú otros directamente contrarios, sobre los que se recibió el pleito á prueba en la anterior, ya sea en lo principal ó en tachas, pena de mil maravedis al abogado que formare dichos interrogatorios, y de nulidad de la probanza⁴.

2. Si las partes no hicieron probanzas, y espiró el término concedido, pueden concluir para definitiva, ó pedir que se les entreguen los autos para alegar de su derecho y justicia, y se les deben entregar sin hacer publicacion. Si la una los pide, no debe darse traslado á la otra, porque no hay materia sobre que recaiga, ni motivo para dicho traslado; y así este y la publicacion son ociosos en dicho caso: lo mismo procede cuando una sola hizo prueba, y la otra concluye sin embargo renunciando la publicacion, ó cuando ambas la renuncian⁵. Pero no obstante que ambas la hagan, y la de la una se concluya mucho antes que la de la otra, como suele suceder, no se ha de hacer la publicacion hasta que espire todo el término probatorio concedido, aunque la una lo

(*) Regularmente hablando, dice Febrero, no deben admitirse testigos pasado el término de prueba, y esto es muy conforme á las leyes, que se propusieron el salvable fin de no abrir campo á la malicia de los litigantes, y de abreviar los pleitos. Sin embargo, pudiera suceder que alguna de las partes no hubiese hecho su prueba tan completa como necesitaba, y que por esto quedase ilusoria ó dudosa su justicia. En este caso, si con mejor acuerdo podía rectificar ó aclarar los hechos con los mismos testigos que le sirvieron antes, ó con otros nuevos, no debía darse lugar á que quedase indefenso y perjudicado por ceñirse á los términos legales. Queda y debe quedar entonces reservado á la prudencia del juez el admitirlos, con tal que sea antes de hacer la publicacion de probanzas, previo el juramento de no proceder de malicia, y con citacion de la parte contraria. Véase al señor Conde de la Cañada en sus *Instituciones práct.*, part. 1, cap. 8, num. 34 hasta el 72. *Febrero adicionado*.

¹ Ley 37, tit. 16, Part. 3, y ley 7, tit. 11, lib. 11, Nov. Rec.; Matienz. in *Dialog. relator.*, cap. 16, num. 1; Paz tom. y part. 1, temp. 8, num. 134 y 135. — ² Ley 1, tit. 12, lib. 11, Nov. Rec. — ³ Marant. part. 6, tit. *De processus publicat.*, num. 4; Paz ibi, num. 136 y 137. — ⁴ Ley 6, tit. 10, lib. 11, Nov. Rec. — ⁵ Ley 3, tit. 15, lib. 11, Nov. Rec.; *Cur. Filip.*, part. 1, dicho § 16, num. 29.

pida, si la otra lo contradice¹; pero si, conformándose ambas, y es lo que se practica.

3. Mas de cualquier suerte que se haga, se ha de comunicar traslado de la pretension de publicacion a la otra parte, y notificársele para que exponga si está ó no pasado el término, ó falta que examinar algun testigo juramentado, ó tiene algun motivo que la impida por entonces, y á este fin en cualquiera instancia puede tomar, y se le debe entregar la pieza corriente ó todos los autos, excepto las probanzas; y si nada dice á la primera audiencia, ó á los tres dias de notificado el traslado, debe deferir el juez á la publicacion, y hacerse saber esta á ambos litigantes². De modo, que segun nuestro derecho, es menester dar dos pedimentos, el uno pidiendo llanamente la publicacion, y el otro insistiendo en ella, y acusando la rebeldia, y así se practica en el Consejo; pero en algunos juzgados inferiores de la Corte se da uno solo, y el juez dice: *traslado y autos*; y pasado el tercero dia, contado desde el siguiente al de la notificacion, sin responder, se pone el auto de publicacion, que en el efecto es lo propio, y se excusa un pedimento. Aunque este auto parece impicatorio en cuanto el juez da traslado, y al mismo tiempo llama los autos, no lo es; porque el traslado sirve únicamente para que la parte contraria exponga si ha espirado ó no el término, ó si hay algun motivo que obste á la publicacion; y el llamarlos es para hacerla, si nada dice, y está pasado; y así se observará en esto el estilo del juzgado, pues en la sustancia nada se altera.

4. Sirve la publicacion para que los litigantes puedan ver recíprocamente todo lo que han justificado con testigos, instrumentos y demas medios legales de que se han valido; y en vista de ello aleguen lo conducente á su defensa, si quieren³.

5. Debe hacer la publicacion de las deposiciones de los testigos el juez originario del pleito, y no el delegado, que en virtud de su comision las recibió; antes bien se las debe remitir cerradas, y así se practica⁴. Hecha y notificada á las partes, se les han de entregar todos los autos con las probanzas por su orden, primero al actor que al reo, á fin de que aleguen de bien probado, cuyo alegato surte el efecto de la instruccion legal para el juez, de que habla la ley. De este alegato se debe comunicar traslado al reo, y

¹ Dicha ley 3, tit. 15, lib. 11, Nov. Rec. — ² Ley 37, tit. 16, Part. 3. Ley 51, tit. 4, lib. 2, y dicha ley 3, Nov. Rec. — ³ Lex in Auth. *Si quis in alia*, col. 1, vers. *Juxta primam*, Cod. de edendo; Marant. de processu publ., num. 1, 2 y 5; Paz tom. y part. 1, temp. 8, num. 133, 134 y 149. — ⁴ Paz ibi, num. 147 y 148; Marant. ibi, num. 6.

del de este á aquel, el cual debe concluir para definitiva, y si por no concluir, se da traslado de lo que alegue al contrario, lo debe practicar este, porque la ley¹ manda que con cada dos escritos que las partes presenten, sea habido el pleito por concluso, aunque estas no concluyan, así para sentencia interlocutoria, ó para recibirlo á prueba, como para definitiva; de suerte que, siguiendo el orden del juicio, debe alegar primero el actor²; pero como no hay ley que lo mande, si este no quiere, y tiene cuenta al reo la brevedad, puede hacerlo, pues de lo que diga el actor, se le ha de conferir traslado, y entonces podrá rebatir sus argumentos ó razones, y el contenido de los instrumentos que haya producido. El término legal para alegar es el de seis dias á cada litigante³; pero esto se entiende en pleitos ligeros, y cuando no ocurre motivo para mayor dilacion; pues habiéndole, se ha de conceder el que el juez contemple necesario: y así se practica, pidiéndolo las partes.

6. Lo explicado en los párrafos anteriores, procede cuando ambas partes son mayores de veinticinco años, y los testigos de que se han valido idóneos y fidedignos; pero si alguna de ellas es menor al tiempo que el pleito se recibe á prueba, y consta en los autos, ó goza del privilegio de menor edad, como son el fisco, iglesias, hospitales, concejos, universidades, colegios, cabildos, mayorazgos, patronatos, capellanías y demas obras pias, y quiere usar de él para hacer prueba, si no la hizo, ó para probar lo que omitió en el término ordinario regular, ó alguna excepcion nueva que alegue, le ha de conceder el juez por vía de restitucion una vez y no mas, pidiéndolo, y no de otra suerte, la mitad del término que se dió primero para hacer la probanza principal; ya fuese dado en presencia ó en rebeldia, sin dar traslado de la pretension, ni oír sobre ella al mayor, aunque este resista la concesion, denegando otra restitucion en el mismo auto de concesion⁴.

7. De dicha ley 3, citada en el párrafo anterior, parece deducirse que la restitucion no ha de ser del término prorogado sino del primero concedido para probar; pero no obstante, segun practica inconcusa del Consejo, se concede la mitad de todo el término ordinario, sea ó no prorogado, porque es uno mismo concedido en varias veces, y no término nuevo; excepto que se haya recibido á prueba por cierto término, v. gr. veinte dias, y este

¹ Ley 1, tit. 15, lib. 11, Nov. Rec. — ² Lex *Ne sentias*, ff. de negot. gest.; Marant. part. 6, tit. 16, de allegat. et disp. num. 6. — ³ Ley 1, tit. 12, lib. 11, Nov. Rec. — ⁴ Ley 3, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec.

haya espirado sin pedir prorogacion dentro de él, ó del prorogado, pues en este caso se concede solamente la mitad del corrido; bien que si no se concedió todo el término probatorio, no se debe dejar indefenso al privilegiado; y así se le ha de conceder no solo la mitad del primero otorgado, sino el que tuviere por competente el juez, atendida la cualidad del negocio litigioso¹, como lo he visto practicar. Lo mismo se observa en los demas tribunales de la Corte, y debe practicarse á su imitacion en los restantes del reino.

8. Para esta concesion de término no necesita el privilegiado justificar lesion, como en los contratos², porque ninguna ley lo manda, y basta acreditar sumariamente (como debe hacerlo si no consta) que le compete el privilegio; pero contra el término ultramarino y extraordinario no hay restitucion, á menos que haya dejado de concederse para la prueba principal: encuyo caso, pidiéndose despues, se ha de conceder el necesario, aunque exceda al ordinario, para que el litigante no quede indefenso por este defecto, haciendo constar, y cumpliendo con las tres cosas últimas de las cuatro que para su concesion quedan referidas en el párrafo 4 del capítulo anterior. Este término no es nuevo, sino ampliacion del ordinario, que por privilegio compete al litigante; y así se ha de pedir: *que en virtud del privilegio, y por via de restitucion se amplie á la mitad del concedido*; á cuya consecuencia, de las probanzas hechas en él no se hace nueva publicacion, ni mas que una sola en cada instancia. Lo que se practica es pedir los autos con ellas luego que espira, para alegar de bien probado, y se mandan y deben entregar teniéndose la prueba hecha en el término de la restitucion, no por nueva sino por aumento y suplemento de ella. Y aunque el menor lo sea al tiempo de demandar ó ser demandado, si al de recibirse el pleito á prueba salió de la menor edad, no le competirá el privilegio de restitucion por haber cesado el motivo, y así no se le debe conceder³.

¹ Parlad. lib. 2. *Res.* cap. 11, num. 4. — ² Sobre este punto véanse las *Instituciones prácticas* del señor Conde de la Cañada, cap. 9, num. 65 y 66. — ³ Si pasado el término ordinario de la prueba cumple el menor los veinticinco años, goza de dicho privilegio; si entra en la menor edad pendiente el mismo término, y cuando le queda el suficiente para hacer su probanza, goza tambien de él: si muere en la menor edad, su heredero ó sucesor es mayor, gozará asimismo del beneficio, y en fin, si el menor sucede al mayor de edad, ha de distinguirse: si este murió pendiente el término de prueba, y en tiempo que podia hacer la suya, le corresponderá á aquel el privilegio; y si falleció despues de pasado el término ordinario por que el pleito se recibió á prueba, procederá lo contrario. Así decide los casos referidos el señor Conde de la Cañada en el capítulo antes citado, números 79 hasta 87, donde podrán verse los fundamentos en que se apoya. *Febrero reformado.*

9. Tres cosas precisas se requieren para que al privilegiado se conceda restitucion de la mitad del término probatorio, haya hecho ó no probanza: la primera es que la pida (si está hecho publicacion de probanzas) dentro de los quince dias inmediatos al en que se notifique el auto de publicacion, como lo dispone la ley 3, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec., que dice: « Porque la experiencia ha mostrado quanto daño se ha recibido en hacer probanza por via de restitucion despues de las probanzas publicadas, por la sobornacion de testigos y corrupcion; queriendo obviar á la tal malicia, ordenamos y mandamos que si cualquiera de las partes pidiere en la primera instancia restitucion *in integrum* para hacer su probanza, por ser en caso que haya lugar de pedir restitucion por alguna parte, ó persona ó universidad que tenga privilegio ó derecho para la pedir, que agora haya hecho probanza ó no, se le conceda y otorgue, pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion.... » pero ni esta ley ni otra alguna prohiben que se pretenda antes de la publicacion, ni precisa á que se pida solamente despues de hecha esta: solo se permite su concesion, pidiéndose dentro de dichos quince dias y no despues, que es dar estos mas al privilegiado, para que en ellos delibere si le conviene ó no hacer ó ampliar su prueba, por lo que puede pretenderla luego que espiren los ochenta dias ó el término concedido, y concluido el de la restitucion, pedir la publicacion, como si aquella no se hubiera solicitado. La segunda cosa precisa es, que ya alegue y quiera probar ó no excepciones nuevas, si pretendiere la restitucion hecha publicacion, deposite luego la pena que estime el juez, atendidas la cualidad y circunstancias de la causa y personas, para pagarla en caso que no pruebe¹ (*); bien que hoy pocas veces se impone, ni manda depositar esta pena; y de ella estan exentos los pobres y el fisco. Y la tercera es, que si pidiere la restitucion en segunda instancia sobre excepciones nuevas que no se pusieron en primera, ó aunque se hubiesen puesto, se repitieron por no haberse deducido en el término y con la solemnidad debida, á mas de lo expuesto jure no pedir de malicia la restitucion, y que en ella solo se propone hacer su defensa; pero el término para probarlas no ha de exceder de la mi-

¹ Leyes 1, 2 y 3, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec.

(*) Esta pena no está en práctica, y debería estarlo, porque la malicia interviene frecuentemente en estas restituciones. Bien podria suceder que algunos menores ó personas privilegiadas no usasen de este derecho por temor de la pena, y que por esta razon, como dice el señor Conde de la Cañada, no lograsen la justicia que tenían en sus causas; pero sin embargo, me parece que por este temor no debe quedar derogada ó sin uso una ley tan saludable y necesaria. *Febrero adicionado.*

tad del concedido en la primera. Si se pidiere en tercera instancia ó en grado de suplicacion, debe jurar tambien que las excepciones que propone vinieron de nuevo á su noticia; pero así en la segunda como en la tercera instancia, no se ha de pretender la restitucion despues de los quince días expresados, pues no se debe conceder, ni el término ha de exceder de la mitad del que en la misma causa de suplicacion fué asignado para probar, y se puede imponer pena arbitraria al que la pretendiere, mandándole que la deposite del mismo modo que en la primera instancia¹. El juramento de no pedir de malicia la restitucion, se suele hacer tambien en la instancia primera, sin embargo de que la ley no lo previene.

10. El término de la restitucion es comun, y como tal compete al que no es privilegiado, para probar ó ampliar su probanza sobre lo articulado y alegado, como lo dice la ley 3, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec.; siendo de notar que una vez concedido á instancia del privilegiado no puede arrepentirse, y renunciarlo en perjuicio de su contrario, sin que este preste su consentimiento, sea la causa dividua ó individua porque adquirió derecho á disfrutarlo².

11. El que no es privilegiado, no puede hecha publicacion alegar nueva excepcion en aquella instancia, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella por testigos, sino tan solo probarla por confesion de la parte contraria ó por instrumento público³; lo cual se limita en caso que la excepcion nuevamente alegada, sea sobre falsedad y suplantacion verdadera de alguno producido en el juicio, contra el cual nada articuló ni probó; pues entonces puede recibirse á prueba sobre ella con término arbitrario, no solo antes sino despues de la conclusion, y aun tambien en segunda instancia, si no la alegó, probó ni renunció probarla en la primera, y no en otros términos, con tal que jure no alegarla maliciosamente, para cuya justificacion no sirven ni se deben admitir pruebas presuntivas sino muy claras y concluyentes; pero despues de ejecutoriado el pleito, no puede alegarla si no la probó entonces, excepto que de ella no se haya conocido plenamente⁴.

12. No solo compete el privilegio de restitucion á los que go-

¹ Ley 7, tit. 10, y 4, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec. — ² Gutierr. lib. 2, *Pract. quæst.* 22; Acev. en la ley 3, tit. 8, lib. 4, Rec. que hoy es la 3, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec., num. 45 al 65; *Cur. Filip. illustr.*, part. 1, § 16, num. 6 y 9. — ³ Ley 1 al fin, tit. 13, lib. 11, Nov. Rec. — ⁴ Ley 1 y 2, tit. 26, Part. 3; Greg. Lop. en la ley 116, glos. fin.; Covarr., *Pract.* cap. 19, num. 8, vers. *Hæc sane*; *Cur. Filip.*, part. 1, § 16, num. 32.

zan del beneficio de menor edad, siendo principales en la causa, sino tambien cuando salen á ella porsí como opositores, ó coadyuvando como terceros el derecho de otros no privilegiados; bien que acerca de esto hay discordia entre los autores, por no especificarlo la ley, y así pidiéndose pasados los quince días, ó concluida la causa, será arbitrario en el juez el concederla ó no, según los méritos del proceso y razones que se aleguen¹.

13. Siendo privilegiados ambos litigantes, ninguno goza del privilegio á menos que uno trate de *lucro captando* (adquirir lucro), y el otro de *damno vitando* (evitar el daño), en cuyo caso compete á este como lesado, y gozará de la restitucion²; por lo que de la pretension ó ampliacion de término, que el uno introduzca, se debe dar traslado al otro, á fin de que exponga si se le debe conceder ó no, y con audiencia de ambos deferir ó no á la solicitud, como lo he visto practicar en el Consejo; aunque lo contrario se ha de decir, siendo uno solo menor. Lo mismo procede cuando acredita no haber podido hacer su prueba en el término ordinario habiéndola hecho el otro, pues entonces se le debe conceder para que no quede indefenso; bien que en el discurso del ordinario debe pedir suspension de él, exponiendo el motivo de su imposibilidad, y ha de deferirse á ella hasta que cese el impedimento que no depende de culpa suya: porque al impedido legítimamente no corre término ni prescripcion.

14. Si la cosa litigiosa es individua, y pertenece á dos, uno mayor y otro menor, y ambos litigan sobre ella contra otro, gozará el no privilegiado del privilegio del que lo es; mas no, siendo dividua³. En cuanto á si compete ó no el beneficio de restitucion al menor, que es letrado ó jurisperito, hay dos opiniones contrarias; pero lo cierto es que la ley habla general é indistintamente, y cuando no distingue no debemos distinguir.

¹ Gutierr. lib. 1, *Pract. quæst.* 66; Gom. lib. 3, *Var. cap.* 12, num. 10; Covarr. lib. 2 *Var. cap.* 3, num. 10. — ² Cap. 1, y cap. *Auditis, de in integr. restit.* y cap. *Si à sede 11, de præb.* in 6; Covarr. *Pract.* cap. 7, num. 4. — ³ Barb. en la ley unie., Cód. *Si in communi*, num. fin. y en la 6, Cód. *de in integrum restit.*; Gutierr. lib. 1, *Pract. quæst.* 67; Font. decis. 112 y 120.