

eficaz y ejecutivo á la que haga el actor en aquel juicio sumario?

27. Conviene tambien con otra proposicion, que igualmente se ha referido, y es que si el Juez llega á pronunciar sentencia, declarando y determinando la cantidad de los frutos, de los intereses, y de las impensas á que se refiere el instrumento, mire y reflexione las probanzas como un medio instructivo, que asegurando en lo interior su juicio, mande continuar la execucion por la cantidad que concibe, y no ha declarado; y como este arbitrio no se funda en ley, ni en razon sólida, que obligue á ser recibido y practicado, no puedo separarme de la opinion que he establecido, reducida á que ya sea instrumento público, ó sentencia pasada en cosa juzgada, como no determine la cantidad cierta de la obligacion, no produce execucion, y debe preceder un nuevo juicio diverso enteramente del principal, y de la propia naturaleza del ordinario; y así lo estimó Baldo con otros, que refiere el mismo Señor Covarrubias.

28. La citada ley 52. tit. 5. lib. 2. supone por cierto el nuevo juicio, y las sentencias de vista y revista, á que se daba lugar con la liquidacion de frutos no explicados en la condenacion general; y deseando ocurrir á los gastos y dilaciones que se habian de experimentar, no adoptó el medio que han inventado los referidos Autores, de que se liquidasen en juicio breve y sumario, executándose la cantidad que concibiese el Juez haber probado el actor; sino que recurrió al que señala la misma ley, de que los Abogados propongan y hagan probanzas de la cantidad y valor de los frutos, intereses, ó impensas que se demandan, para que por lo que resulta de ellas los taseen y determinen los Jueces que conocen de la causa.

29. Muchas veces he visto en el Consejo, y condescendido con mi dictamen á que se regulen los perjuicios y otros intereses, que no constan del proceso, por un arbitrio prudente y reflexivo, moderando la cantidad con toda la equidad posible á favor del reo; pues aunque el

ac-

actor pudiera mejorar su suerte, y sacar mayor cantidad, haria mas crecidos gastos en el nuevo juicio de liquidacion, y padeceria otras incomodidades, que son indispensables, con gran turbacion de la causa pública.

30. Salgado de Regia part. 4. cap. 10. reconoce la confusion, con que han tratado los Autores del artículo ó incidente de la liquidacion de frutos, intereses, é impensas; y admite la opinion del Señor Covarrubias, sin añadir ley, ni razon que la demuestre. Por tanto seria molesto repetir los convencimientos que se han indicado.

CAPÍTULO III.

Los que han litigado en un juicio, que pasó en cosa juzgada, pueden usar de la apelacion, y de los recursos de nulidad y queja, para enmendar las injusticias y los excesos de los Jueces executores.

1. Aunque la apelacion es un medio comun, tan recomendado por las leyes, para el fin de prevenir y reparar los agravios que hacen los Jueces, con todo no siempre los detiene y suspende, sino que muchas veces dexa correr su execucion, por la mayor autoridad y presuncion, que atendidas todas las circunstancias persuaden la justicia de los que mandan, y la malicia de los que intentan suspenderlos. Estos son los casos en que tiene lugar la apelacion en solo un efecto devolutivo; y en los de esta clase entran las apelaciones que se interponen de los procedimientos de los Jueces, que entienden en la execucion de la cosa juzgada, ya sean meros executores, ó ya mixtos.

2. Estas son las dos reglas que establecen los Autores, señaladamente Salg. de Reg. part. 4. cap. 1. n. 16., y cap. 3. n. 15. Parlad. Rerum quotidianarum lib. 2. cap. final. part. 2. §. 3. n. 3. y 4. Scacia de Appellationib. q. 16. limitac. 1. n. 10., y limitac. 24. n. 1., y en la quest. 17.

Tom. II.

Ppp 2

li-

limitac. 10. n. 1. Gonzalez en su *Comentario al cap. 43. de Appellationib. n. 5.*, con otros muchos Autores que siguen esta misma opinion.

3. Fundan y prueban estos Autores la primera regla indicada con el sentido literal de la *ley 52. tit. 18. Partid. 3. : ley 4. ff. de Appellationib. ibi: Ab executore sententia appellare non licet: ley 5. Cod. Quorum appellationes non recipiantur: ibi: Ab executione appellari non posse, satis et jure, et constitutionibus cautum est. Cap. 43. de Appellationib. : ibi: Unde cum secundum jus ab executoribus appellari non possit.*

4. Deducen la segunda regla los mismos Autores de la generalidad relativa á los executores, que contienen las citadas Leyes y Cánones, en donde entienden que están comprendidos unos y otros executores, respecto á que no hace diferencia de ellos; y que no es lícito introducir distinciones, quando las leyes no las hacen: porque ó son interpretaciones, ó revocaciones parciales, que están reservadas al Autor de las mismas leyes.

5. Si los executores exceden los límites de su comision, carecen de jurisdiccion y potestad, obran con nulidad, y como personas privadas; y es justo detener tales procedimientos por medio de la apelacion, que deben admitir en ámbos efectos, siendo esta una limitacion capital de las reglas antecedentes, muy expresa en las autoridades que se han citado, y generalmente recibida y observada en los Tribunales.

6. En los dos capítulos antecedentes traté largamente de los medios y modos con que se verifican los excesos de los executores, y este conocimiento facilita el que debe tomarse para determinar los casos en que puede tener lugar la apelacion suspensiva. Al mismo intento explicó el Señor Salgado las reglas por donde debía conocerse si el procedimiento del Juez executor tocaba en el agravio de exceso, ó de simple injusticia contenida dentro de los límites de su jurisdiccion, señaladamente en la *parte 4. de Regia, cap. 3. n. 36. y siguientes*, y en el 80. y 81.

7. Yo no deseo introducir opiniones singulares, porque venero mucho el dictamen casi uniforme de hombres tan sabios, que han merecido todo el respeto y autoridad de los Tribunales; pero al mismo tiempo creo ser de mi obligacion hacer y repetir aquellas observaciones, que conducen á la mejor y mas clara inteligencia de las doctrinas generales que admiten y siguen algunas veces los Autores, sin el debido exâmen y discernimiento del origen en que intentan fundarlas, especialmente no estando autorizadas por las Leyes del Reyno, ni por los Cánones, que en sus casos deben formar la regla de la ordenacion y decision de las causas.

8. La extension, que hacen los referidos Autores, á los executores meros y mixtos, impidiendo la apelacion suspensiva de sus procedimientos, aunque contengan injusticia ó gravamen simple, porque no excede el modo y límites de su comision, la fundan en que las Leyes y los Cánones hablan en general de los executores, sin distinguir que sean meros ó mixtos; pero yo no hallo esta general ó indefinida expresion, que se atribuye á las enunciadas leyes; pues las mas tratan particularmente de los executores meros, como se reconocerá por su literal contexto.

9. La *ley 52. tit. 18. Part. 3.* pone los casos en que deben ser cumplidas las cartas *sin pleyto, é sin juicio ninguno*. El primero es, quando manda el Rey á alguno "facer algun fecho señalado." Continúa la misma ley con algunos exemplos de los casos particulares contenidos en la misma regla general, "así como si le mandase prender, ó matar algun omie, ó derribar torres, ó otras fortalezas, ó facer cumplir algun juicio, ó otro fecho señalado quel mandase facer ciertamente, diciendo en la carta: faced tal cosa luego que esta carta vierdes. Onde decimos, que aquel contra quien va la carta, non puede poner defension ninguna ante sí, porque non cumpla aquello, quel fué mandado por tal carta."

10. Ninguno dudará, que así la regla, como los ca-

esos particulares, que refiere esta ley, son de mero hecho, específico y señalado, y que solo toca al Juez executor su puntual cumplimiento, que es el distintivo de los meros executores; y mas repitiéndose en la consecuencia dispositiva de la ley, que la parte, contra quien va la carta, no puede poner ante aquel Juez defension alguna; en lo qual no solo excluye como parte de su defensa la apelacion, sino las demas que podian caber en el juicio.

11. Continúa la misma ley con dos excepciones, permitiendo al executor que pueda oirlas, y recibir sobre ellas pruebas, para el fin único de hacerlo saber al Rey, y esperar su resolución, prohibiéndole que juzgue sobre aquellas defensiones, *ibi*: "Mas él non deve judgar sobre ellas;" y dá la razon de la antecedente prohibicion, *ibi*: "Pues que la carta manda hacer cosa señalada, é non le da poder de judgar." Concluye la ley con la siguiente decision: "É del fecho, que ficiere aquel á quien fuere enviada la tal carta, non se puede ninguno alzar." Quiere decir, que executando y cumpliendo el hecho que contiene la carta, no hace agravio, y falta el motivo y fundamento de la apelacion, que reconoce solamente en lo que excediere; y así concluye la ley con la excepcion de la regla antecedente: "Fueras endé, si pasare ademas de quanto por aquella carta le fué mandado."

12. El *cap. 43. de Appellationib.* habla determinada-mente del executor mero, y prohíbe que se apele de la execucion que hiciere conforme al mandato. En su epígrafe dice: *Merus executor non recusatur, nec ab eo appellatur, nisi modum excedat.*

13. El hecho de este capítulo se reduce á un entredicho acordado por sentencia del Papa, y publicado por el Cardenal executor; y en estas circunstancias decide no haber lugar á la apelacion, que se habia interpuesto de la publicacion y execucion del entredicho, demostrándose en todas sus partes ser limitada la prohibicion de apelar á la execucion mera y arreglada á la sentencia y disposicion precedente: porque falta en este caso el agra-

vio, en que necesariamente debía fundarse la apelacion. Este es el sentido literal que se presenta en el citado *capit. 43.*, y el mismo que con mucha erudicion expone Gonzalez en su *Comentario*.

14. La misma inteligencia reciben las *leyes del Digesto y Código* en su literal contexto. La *ley 4. de Appellat.* dice: *Ab executore sententia appellare non licet.* La *glosa al n. 32. Executoris ab executione appellari non potest, nisi modum excedat.* El distintivo, con que señala esta ley al executor, es la execucion de la sentencia, y el motivo de la apelacion el agravio que se deduce de la misma execucion; y como este no puede verificarse, quando se arregla á lo que expresa y contiene la sentencia pasada en cosa juzgada, y solo puede haber agravio y perjuicio en lo que excede, limita á este solo caso la apelacion.

15. Con la misma restriccion se explica la *ley 5. Codice, Quorum appellationes non recipiantur*, y la *ley 25. Codice Teodosiano, eodem titulo.* Pues si ninguna de las autoridades, que se han referido, habla de executores mixtos, ni de las apelaciones que se hayan de interponer de sus procedimientos sobre las excepciones y liquidaciones que pueden juzgar, declarar y determinar, parece muy arriesgada la opinion de los Autores citados, que extienden la prohibicion de apelar á tales procedimientos judiciales, aunque contengan injusticia y agravio, y parece al mismo tiempo ocioso el discernimiento, que para este efecto hace el Señor Salgado, entre la injusticia ó agravio simple, y el que llama qualificado, que es como se explica en la *parte 4. de Regia, cap. 3. n. 76. y siguientes.*

16. Con reflexion á las autoridades y razones que se han referido, me parecia muy conforme á la regla comun, de que los actos executivos, ya sean del executor mero, ó del mixto, no son apelables quando se conforman con lo prescripto en la sentencia; pero lo son en lo que exceden, porque en esta parte hay agravio, y no lo hay en la primera.

17. La diferencia única, que yo considero entre los dos executores, consiste en que el mixto puede juzgar, y determinar con audiencia de partes lo que no está juzgado, ni determinado en la sentencia definitiva; y si en el uso de esta jurisdiccion procede con injusticia y agravio en sus sentencias, podrá decirse con verdad, que la apelacion no es relativa á la execucion, si no á la decision, que hace como Juez este executor mixto; y salvándose quanto disponen las leyes acerca de prohibir apelar de la execucion, queda expedita la regla que permite hacerlo de toda sentencia que causa agravio, ya sea definitiva ó interlocutoria; con la diferencia de que basta alegarle en aquella con generalidad, y es necesario expresarle en esta, mayormente quando es de considerable entidad, y no puede repararse posteriormente sin grave daño; pues seria notoria injusticia y opresion obligar á la parte á sufrir largo tiempo el perjuicio, que le causa el Juez por su determinacion ó sentencia.

18. Para hacer demostrable esta regla, fundada en las leyes, y recomendada por la equidad á favor de la natural defensa, conviene recordar lo que se explicó sobre las apelaciones, y sus verdaderas causas en el capítulo segundo de la parte segunda, en donde quedan establecidas las reglas capitales de esta materia. Por la primera se asegura, que el uso de las apelaciones es necesario y frecuente, y que se dirige á contener y enmendar los agravios que hacen los Jueces, y á suplir tambien la negligencia de los mismos litigantes, dirigiéndose por estos medios á defender sus derechos; y estas recomendables circunstancias hacen decidir á favor de la apelacion y sus efectos suspensivos en todos los agravios, que causen los Jueces por sus sentencias definitivas ó interlocutorias, quando en estas lo permiten las leyes y ordenanzas, segun y con la diferencia que se ha notado en el citado capítulo segundo de la segunda parte, reducida á que en las sentencias definitivas basta que la parte se tenga por agraviada, para que se admita la apelacion en

am-

ambos efectos; y lo mismo sucede en las interlocutorias, señalando y determinando el agravio.

19. Baxo de esta regla no pueden correr las doctrinas del Señor Salgado en quanto á la distincion que hace del agravio ó injusticia simple, y del exceso del Juez executor.

20. Los dos casos, que este Autor propone por exemplo, pondrán en suma claridad su convencimiento. El primer caso es del executor encargado por el Juez principal de liquidar los intereses ó frutos, que estando contenidos en la condenacion de la sentencia, no se ha determinado su cantidad y valor; y declarándola el executor en su sentencia, dada con audiencia de las partes, apela alguna de ellas por el agravio y exceso, que concibe en la mayor cantidad que señala, ó en la menor que estima contra la otra parte; en cuyo caso dice el Señor Salgado, que se executa la sentencia del Juez executor, permitiendo la apelacion en solo el efecto devolutivo.

21. De esta doctrina, y de la que con uniformidad insinúa el Señor Covarrubias en los lugares que muy por menor se refieren en el capítulo próximo anterior, hice en este lugar particular mérito, separándome de su dictamen por las leyes y consideraciones que expuse, para venir á declarar que de las sentencias, que dieren en tales casos los Jueces executores, debe admitirse la apelacion en ambos efectos; añadiendo ahora en su comprobacion, que la sentencia del Juez executor mixto, en quanto liquida ó determina la cantidad de frutos ó intereses comprendidos generalmente en la sentencia del juicio principal, es definitiva, y está baxo la regla que se ha insinuado, y que prescriben todas las leyes, citadas en el capítulo primero de esta tercera parte, de permitir las apelaciones en ambos efectos.

22. Scacia de *Appellationib. quest. 17. limitat. 10. n. 54.* examina el mismo artículo, y es de dictamen que puede apelarse en ambos efectos de la sentencia del executor que liquida y determina la cantidad y valor de los

Tom. II.

Qqq

fru-

frutos é intereses, haciéndolo de la parte en que la considera excesiva.

23. El segundo caso, que refiere el mismo Salgado *part. 4. cap. 3. n. 81.* en la clase de simple gravamen, y no de exceso, se reduce á la sentencia del Juez principal, que condenando á alguna parte en cierta cantidad, encarga la execucion de su pago á otro Juez, que en estas circunstancias será mero executor, y haciendo este el pago en menor cantidad que la expresada en la sentencia, si la parte agraviada apela, dice este Autor, que solo tiene lugar en el efecto devolutivo; y da la razon, porque es una injusticia ó gravamen simple, que no toca en el extremo de exceso. Este dictamen sin duda le fundaria en que, teniendo facultad para executar al reo en mayor suma, se contiene en ella la menor.

24. Yo hallo en este caso notorio exceso sobre el mandato, porque debiendo cumplir fielmente lo que se le ordena, no lo hace el executor, despreciando la ley que le impone el Juez principal. Convengo con el Señor Salgado en que la apelacion no tiene en tal caso efecto suspensivo, no por la razon que indica, sino porque la enunciada sentencia de menor cantidad es absolutoria respecto del reo en la parte, que no llena la suma de la sentencia principal, y entra la regla decisiva, de que las sentencias, que absuelven, no dexan acro alguno que suspender, y faltan los términos de la cuestión, procediendo la apelacion que se interpone de ellas libremente.

25. En los excesos de los executores tienen lugar los recursos de queja y nulidad, con diferencia de que este puede unirse con el de la apelacion, y tratar al mismo tiempo de uno y otro ante el Juez superior; pero esto no sucede en el recurso de queja, porque se intenta directamente en el Tribunal superior, el qual no es competente para interponer la apelacion; debiendo hacerse ante el mismo Juez que dió la sentencia, á lo ménos para que suspenda esta execucion.

26. Uno y otro recurso se fundan en la nulidad del

exceso, y son equivalentes en el progreso y en su decision, sin que en ellos se trate de la injusticia ó simple gravamen de la sentencia; quando van de por sí separadamente. Pero si se acompaña el de nulidad con el de la apelacion, conoce el Juez superior de los dos agravios; esto es, del simple que consiste en la injusticia, y del calificado que causa el exceso, por la nulidad que contiene.

27. Del tiempo en que debe introducirse la nulidad de los Jueces que pueden conocer de ella, del modo y forma de proponerse como principal por sí sola ó unida á la apelacion, y de los efectos que en estos respectivos casos producen los enunciados recursos, así en quanto á la suspension de la sentencia, como al fenecimiento de la causa, traté muy por menor en el capítulo primero de la segunda parte, adonde se puede recurrir, sin que sea necesario repetir aquí las doctrinas, que con mucha reflexión se expusieron en él.

CAPÍTULO IV.

De la segunda suplicacion.

1. En los capítulos anteriores he tratado de los pleytos que mueren con la segunda sentencia del Consejo, de las Chancillerías y Audiencias: porque es el término que les pusieron nuestros mayores en las leyes á beneficio de la causa pública. Pero como hay otros, á los que las mismas leyes permiten mas larga vida, si usan oportunamente del remedio de la segunda suplicacion; conviene saber quales sean, y exâminar sus partes en sus principios, progresos y fines.

2. De ellas escribió un copioso tratado el Señor Maldonado con el título de *Secunda supplicacione*; y tambien formó otro del propio asunto Avendaño, aunque mas corto que el primero. Como estos Apuntamientos prácticos llevan por principal objeto desde sus principios facilitar la instrucion, sin repetir lo que de intento, y con mayor ex-