

ocasion para dudar si la novedad de concluir con sola una rebeldía es privativa de los negocios, que penden en el consejo y en las audiencias, ó si es comun á los demas tribunales del reino: porque su literal disposicion es reducida á los consejos y audiencias, y si hubieran querido extenderla por regla general á otros tribunales alterando el estilo y práctica que hasta entonces se observaba en ellos, parece lo hubieran explicado así, como lo hacen otras leyes, señaladamente la 1. tit. 18. lib. 4. de la Recop. (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.); pues señalando en ella el término de cinco dias para apelar desde el en que fuere dada la sentencia, ó recibió la parte el agravio, y llegó á su noticia, y que si así no lo hiciera, quede la sentencia ó mandamiento firme, manda: «Que esto se guarde de aquí adelante, así en la nuestra Casa, y Corte, y Chancillería, como en todas las Ciudades, y Villas, y Lugares, y Provincias de nuestros Reynos.»

45 Sin embargo de que la letra de la enunciada ley 51. y del auto acordado citado (Ley 2. y notas citadas) sea limitada á los consejos y audiencias, su razon y espíritu es general á beneficio de la causa pública, y debe comprender á todos los tribunales del reino; además de que hay otras diferentes leyes que no tienen la restriccion indicada, antes bien disponen en términos indefinidos que con sola una rebeldía se concluya, y tengan el mismo efecto que hacian las tres anteriormente: ley 2. tit. 3. lib. 4.: ley 10. tit. 6. lib. 4. de la Recop.

46 Las leyes 13. y 14. tit. 7. lib. 7. (Leyes 2. y 3. tit. 25. lib. 7. de la Nov. Rec.) hacen un argumento poderoso á favor de la resolucion antecedente, pues la primera se dirige á prohibir las dehesas en los heredamientos y cortijos del reino de Granada, mandando á los dueños de ellos que no defiendan la yerba y otros frutos que naturalmente lleva la tierra, sino que quede libremente para que todos los vecinos de las dichas ciudades, villas, lugares y sus términos, los puedan comer con sus ganados, bestias y bueyes de la-

bor, no estando plantado ó empanado; y contiene además esta ley otra restriccion respecto á los cortijos, heredamientos y tierras que se poseian y gozaban por merced de los señores Reyes Católicos, y las que en adelante hicieren; y sin embargo de que esta real resolucion no se concibe en términos de ley general, ni habla de otros heredamientos ni pueblos que de los del reino de Granada, y aun en estos se reduce á los que hubiesen salido, ó saliesen por merced de los mismos Reyes Católicos, se ha entendido y observado con influjo, y efecto de ley general para todos los pueblos del reino.

47 Por la citada ley 14. (Ley 3.) se revocó y anuló la ordenanza que habia hecho la ciudad de Avila dando facultad á los dueños de acotar los heredamientos que se hubiesen reunido en uno solo bajo las calidades que indica la misma ordenanza; y en su consecuencia se prohibió usar de ella concediendo licencia y facultad á los vecinos de la dicha ciudad, su tierra y demas pueblos para que pudiesen pacer y rozar en los dichos términos, que así por virtud de la dicha ordenanza estaban dehesados, como lo hacian cuando los heredamientos eran de diversos dueños, y antes que la dicha ordenanza fuese hecha.

48 Esta resolucion, que fué igualmente limitada á los heredamientos de la ciudad de Avila y su tierra y á favor de la vencidad de ella, ha sido tambien entendida y guardada como ley en lo general del reino, no solo por un efecto de extension, sino por virtud de la comprension en que estan los casos semejantes bajo las resoluciones reales, aunque determinadamente no hayan hablado de ellos.

49 Esto procede seguramente por dos razones: la primera cuando es general la de la ley, aunque se establezca con motivo de casos particulares ó con respecto á señalados pueblos y territorios: la segunda consiste en la excelencia de la dignidad del príncipe, y en la justificacion con que salen sus decretos y decisiones, aunque las haya dado en negocios particulares, llegando á tanto que la sentencia ó de-

terminacion de una causa hace ley para otras de iguales circunstancias, limitándose por estos altos respetos la regla de que no se debe juzgar por ejemplares ni fazañas: ley 14. tit. 22. Part. 3. «Otrosí decimos, que non deve valer ningun juicio que fuese dado por fazañas de otro; fueras ende, si tomasen aquella fazaña, de juicio que el Rey oviese dado. Ca estonce bien puede judgar por ella: porque la del Rey ha fuerza, é deve valer como ley, en aquel pleyto sobre que es dado, é en los otros que fueren semejantes:» Vinnius §. 6. *Institut. de jur. natural. vers. Quodcumque ergo Imperator: Oter. de Jur. pascend. cap. 16. n. 7. y 8.: Covarrub. Practicar. cap. 37. n. 3. vers. Quidquid sit: Lagun. de Fructib. part. 1. capit. 7. n. 77. al 84.: Acev. en la Rubr. tit. 4. lib. 3.; y en la ley 14. tit. 7. lib. 7. de la Recop. n. 6.*

50 Por todo se demuestra que aunque la enunciada ley 51. tit. 4. lib. 2. y el auto 2. tit. 24. del mismo libro (Ley 2. y nota 6. antes citada) hablan de concluirse los pleitos en los consejos y audiencias con sola una rebeldía en lugar de las tres con que se hacia antes, son generales estas leyes en su efecto á todos los tribunales del reino.

51 Aunque la primera conclusion en la causa la ponga algunas veces en estado de poder dar sentencia definitiva, lo cual sucederia si estuviese probada la verdad por confesion de la parte, ó la duda consistiese solamente en la decision de las leyes, es muy raro este caso, y muy comun la necesidad de recibirla á prueba, que es el auto interlocutorio que pone la ley en primer lugar como efecto mas comun de la conclusion, del cual trataré guardando el mismo orden en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO VIII.

De la prueba en primera instancia.

1 Siguese á la conclusion el auto de prueba, cuya ejecucion debe limitarse á los hechos del proceso condu-

centes á descubrir la verdad, porque son la materia capaz de probarse y el depósito del derecho, en donde le debe buscar el juez para su acierto: ley 4. tit. 16. lib. 2. de la Recop. (Ley 1. tit. 14. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Do tan solamente se puede poner simplemente el hecho: de que nasce el derecho: mas cada una simplemente ponga el hecho en encerradas razones:» ley 10. tit. 17. lib. 4. de la Recop. (Ley 2. tit. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Seyendo hallada, y probada la verdad del fecho por el proceso.» Dicese tambien que han de ser conducentes, porque lo que no sirve para descubrir la verdad de lo que se demanda, y asegurar su justa decision, es ilusorio, y no lo permite la seriedad y circunspeccion de los juicios: ley 7. tit. 14. Part. 3. «Otrosí decimos, que aquella prueba deve ser tan solamente rescebida en juicio, que pertenescer al pleyto principal sobre que es fecha la demanda. Ca non deve consentir el Juzgador, que las partes despiendan su tiempo en vano, en provando cosas de que non se pueden despues aprovechar, maguer las provasen:» ley 4. tit. 6. lib. 4. de la Recop. (Ley 5. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) Esta última proposicion, aunque clara en la ley, tiene grandes dificultades en la práctica, porque en la duda de si conduce ó no al pleito principal, no puede el juez repeler el artículo ó pregunta, y solo podrá hacerlo presentándose con notoriedad la inconducencia de la prueba, ya sea para aprovechar á la parte que la solicita, ó para dañar á la contraria; y como para calificar el caso de notorio, es necesario un prolijo y exacto examen de la causa y hechos del proceso, y una declaracion que lo califique, no es fácil tomarlo en el estado de prueba, ni seria conveniente á la brevedad que se desea ni al interes de las partes; pues consumirían mas tiempo y caudal en este incidente, y tomarian ocasion para apelar si se despreciase el artículo que intentaban probar considerando ofendida su natural defensa. Por estas juiciosas consideraciones rara vez usan los jueces de la facultad ó

arbitrio de excluir las preguntas que se proponen, reservando su examen y juicio para el tiempo de la sentencia definitiva con la cláusula general y saludable de admitirlas *en cuanto sean pertinentes.*

2 Si los hechos estuviesen probados antes de la conclusion, ya sea por avenencia de las partes ó por confesión de alguna de ellas, de manera que la verdad se halle constantemente descubierta, que es la que se busca y desea en los juicios, desentendiéndose de solemnidades y sutilezas, no tendrá lugar prueba alguna, ni debe recibirse á ella, porque toda seria ilusoria resistiéndola las mismas leyes: *ley 31. tit. 16. lib. 2. de la Recop. (Ley 4. tit. 9. lib. 11. de la Nov. Rec.)* « Mandamos que sobre las posiciones con- fesadas por qualquiera de las partes » en el nuestro Consejo, ó Audiencias, » los Letrados no hagan preguntas: » *ley 1. tit. 7. lib. 4. (Ley 1. tit. 9. lib. 11. de la Nov. Recop.)* « Y si de la res- » puesta de las posiciones hallare el » Juez que puede dar sentencia difini- » tiva, concluso el pleyto, la dé, la » que por fuero, ó derecho deva; sino, » resciba las partes á prueba de lo por » ellas dicho, é alegado: » *ley 4. del mismo tit. y lib.: ley 10. tit. 17. lib. citado (Leyes 4. y 1. antes citadas.)*

3 De estos antecedentes resulta un principio constante, y es que la prueba cuando la permiten las leyes siempre es de esencia y sustancia del juicio, porque toca á la defensa natural de las partes, y su omision ó denegacion da justa causa para apelar; pero si las partes no apelan, la sentencia que diese el juez aunque fuese injusta no es nula, porque la prueba no toca al orden del juicio, sino al de la justicia, que pueden consentir los que litigan, y lo hacen por el hecho de no reclamar la sentencia: Scacia, *de Judiciis, quest. 20. glos. 14. n. 1. cum aliis.*

4 Conciliando las leyes el uso propio de la natural defensa y el que no abusen las partes de este saludable remedio convirtiéndole con malicia en dilaciones perniciosas contra la brevedad que se desea, y que es el objeto de toda la legislacion, señalaron tér-

mino competente para que puedan hacer sus respectivas probanzas; es á saber el de ochenta dias: si la prueba se hubiese de hacer de puertos acá, y el de ciento y veinte siendo de puertos allá, *ley 1. tit. 6. lib. 4. de la Recop. (Leyes 1. y 3. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)*

5 Por esta ley se mejoró la anterior legislacion de las Partidas, señaladamente la disposicion de la *ley 33. tit. 16. Part. 3.* en que se manda: Que cuando los testigos que se han de examinar estan en la villa donde es el pleito, se concedan tres plazos sucesivos cada uno de tercero dia; y como no es de esperar que las partes concluyan su probanza en el plazo primero, pues basta que alguna de ellas quiera apurar las tres, hace necesarias tres providencias judiciales con mayor daño y gasto de las partes.

6 Cuando los testigos no se hallen en la misma villa donde se trata el pleito, aunque esten en su término ó cerca de él, los plazos son los mismos tres y por el propio orden, con la diferencia de ser cada uno de nueve dias, padeciéndose en esto igual dilacion y perjuicio que en los tres plazos anteriores.

7 Si alguna de las partes que litigan señalare para su prueba testigos que se hallen á distancia considerable, y jurare al mismo tiempo que no lo hace por alargar el pleito, sino con la esperanza de que comprobarán los hechos que propone, se le conceden los mismos tres plazos por igual orden sucesivo, siendo cada uno de treinta dias; y es fácil caer en este abuso por el arbitrio que tienen las partes de proponer y señalar alguno de los testigos á larga distancia, ofreciéndose acerca de ella contiendas, pues no se determina en la ley.

8 Todos estos perjuicios en la dilacion y mayores gastos de los interesados se enmendaron en la citada *ley 1. tit. 6. lib. 4. (Leyes 1. y 3. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)*, pues su término ó plazo ordinario es uno solo, continuo y perentorio, y excusa las providencias intermedias que se indicaron en los tres plazos referidos.

9 La experiencia de largo tiempo hizo sin duda conocer los muchos inconvenientes que resultaban de la observancia de la ley de Partida, y la necesidad de la disposicion de la ley recopilada, ya sea porque los tres plazos cada uno de tres ó nueve dias no eran suficientes, ó no los consideraban tales las partes, y recurrian las mas veces al de treinta, ó ya porque eran inexcusables mayores gastos y dilaciones en la repeticion de providencias.

10 El término y plazo único de ochenta dias, que concede la ley con el mismo efecto que tenían antes los tres sucesivos se reserva á la prudencia y arbitrio del juez que le coarte al que considere suficiente para que hagan las partes su prueba atendida la calidad de la causa y de las personas, y el número y distancia de los lugares donde se haya de hacer. Algunas veces usan los jueces de este medio deseando abreviar las causas, y las reciben á prueba con término de treinta dias, pero rara vez logran el fin: porque la que se interesa en la dilacion pide que se prorogue, y el juez se halla en la necesidad de hacerlo, y viene á llegar á los ochenta dias cargando á las partes con los gastos de las prorogaciones que solicitan, y de sus respectivas notificaciones; y si quieren mantener la providencia de limitar y abreviar el término, dan ocasion á las partes para que la reclamen pidiendo su reposicion y apelando de lo contrario, y el juez está en la precision de admitir esta apelacion; pues aunque el auto de prueba y restriccion de términos para ella sea interlocutorio, trae gravamen irreparable, y el mayor que se puede irrogar á las partes, porque en las probanzas está toda la virtud de la causa y del vencimiento ó pérdida; y por lo mismo no defiriendo el juez á estas apelaciones introducen el recurso de la fuerza de no otorgar, y declarándola como efectivamente la declaran los tribunales superiores, viene á reponerse todo lo obrado desde el dia en que pudo interponerse la apelacion: *Salgado, de Regia protect. part. 2. cap. 1. n. 137. al 139.*

11 Para evitar estos graves inconvenientes tan contrarios á la brevedad que solicitan los jueces con la restriccion de los plazos para probar, observan ya los tribunales en la sentencia ó auto de prueba recibir la causa á ella por los ochenta dias de la ley comunes á las partes, y la conciben y extienden en la forma siguiente: « Recibese este pleito á prueba por los ochenta dias de la ley comunes á las partes; hágaseles saber &c. »

12 Notificada á las partes esta sentencia forman sus interrogatorios, y los presentan al juez con pedimento; y uno y otro se extiende con arreglo al estilo y práctica de los tribunales en los términos siguientes:

13 *Interrogatorio.* « Los testigos que se presentaren por parte de N. vecino de T. en los autos que sigue con N. sobre paga de diez mil reales vellon, serán examinados al tenor de las preguntas siguientes:

Primeramente: « Por el conocimiento de las partes, noticias de este pleito, y demas generales de la ley, &c. »

2.^a « Si saben ó han oido decir que dicho N. condescendiendo á las instancias del nominado N. le entregó y prestó diez mil reales vellon en el mes de Enero del año pasado de 1781, bajo la obligacion y pacto que constituyó dicho N. de volverlos en dos plazos iguales, á razon de cinco mil reales en cada uno, que el primero cumplió en fin de Junio, y el segundo en fin de Diciembre del propio año. »

3.^a « Si saben y han oido decir que aunque dicho N. ha solicitado con atentos y urbanos oficios que el expresado N. estando ya cumplidos los referidos plazos, le pagase los enunciados diez mil reales, no lo ha podido conseguir. »

4.^a « Item de público y notorio, pública voz y fama, y comun opinion, &c. »

14 Este interrogatorio se presenta al juez con pedimento del tenor siguiente:

Pedimento. « N. en nombre de N. vecino de T. en los autos con N. sobre paga de diez mil reales, digo: »

»Que por auto de 6 de Febrero del presente año de 83 se sirvió V. recibirlas á prueba por el término de los ochenta dias de la ley; y para la que mi parte pretende hacer presente interrogatorio. Por tanto:

«Suplico á V. se sirva haberlo por presentado, y mandar que á su tenor y con citacion contraria se examinen los testigos que por dicha mi parte se presentaren, por ser justicia que pido, juro lo necesario, &c.

«Otrosí: digo que N. y N. vecinos de T. se hallaron presentes al tiempo de la contrata y entrega que hizo mi parte de los diez mil reales al nombrado N.; y presentándolos como testigos: Suplico á V. se sirva librar el despacho correspondiente cometido al Corregidor de la expresada ciudad, para que les reciba sus declaraciones precedida citacion contraria y con las demas formalidades de derecho; pido justicia *ut supra*»

15 Este pedimento igualmente que el interrogatorio deben ser firmados por el abogado y procurador, porque contienen lo mas esencial y entitativo de la causa, que consiste como se ha dicho al núm. 3. en la prueba que debe pedirse y ordenarse con arreglo á los hechos importantes de los autos sin incluir lo que está confesado, ó sea inconducente, cuyo discernimiento toca á los letrados, á quienes lo confian las leyes: *ley 3. tit. 16. lib. 2. (Ley 8. tit. 22. lib. 5. de la Nov. Recop.)* «Procurando que se hagan las probanzas que convengan, ciertas y verdaderas..... Ni pidan términos para probar lo que saben, ó creen que no ha de aprovechar, ó que no se puede probar: *ley 24. tit. 16. lib. 2. (Leyes 3. y 8. tit. 3. y 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)* «Mandamos que los dichos Letrados en el firmar y hacer los interrogatorios, y artículos de ellos en primera, y segunda instancia, guarden la ley por Nos fecha en las Cortes de Madrigal..... los firmen de sus nombres, y no baste señalar:» *ley 20. tit. 22. del mismo lib. (Ley 9. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)* El receptor «no puede hacer probanza alguna si no fuere por interrogatorio firmado de

»Abogado de la Audiencia, y señalado del Escrivano» permitiendo solamente á los procuradores las peticiones pequeñas: *ley 8. tit. 24. lib. 2. (Ley 9. tit. 31. lib. 5. de la Nov. Recop.)* «Que ningun Procurador sea osado de hacer, ni haga por sí escrito alguno en los juzgados de nuestras Chancillerías, salvo solamente las peticiones pequeñas para acusar rebeldías.»

16 La primera pregunta del interrogatorio contiene los artículos generales, unos especificos y otros virtuales ó tácitos: los primeros reducidos al conocimiento de las partes y noticia del pleito, y los segundos comprendidos en la cláusula, y demas generales de la ley.

17 Llámanse artículos *generales*, porque se deben proponer necesariamente como preliminares de todos los interrogatorios sin que puedan las partes omitirlos; y toman igualmente la denominacion *de la ley*, porque estan señalados en ella, y los manda incluir en los enunciados interrogatorios, y en las receptorias que se expiden para examinar los testigos: *ley 8. tit. 6. lib. 4. (Ley 3. tit. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.)* «Y que en todas las cartas de receptoria, así en las que se dieren con parte, como en rebeldia, se diga que el Juez, ó Receptor, ó el Escrivano pregunte á cada testigo que edad tiene, ó si es pariente en grado de consanguinidad, ó afinidad de la parte, ó en que grado, ó si es enemigo, ó amigo de alguna de las partes, ó si de sea que alguna de las partes venciese el pleyto mas que la otra, aunque no tuviese justicia, ó fué sobornado, ó corrupto, ó atemorizado por alguna de las partes.»

18 En lo literal de la enunciada ley no se contienen los dos artículos del conocimiento de las partes y noticia del pleito; pero los ha considerado conducentes la práctica y estilo de los tribunales para que el juez pueda discernir la fuerza de sus declaraciones sobre el supuesto de estar seguros los testigos de la identidad de las partes y del pleito que tratan; y siendo esta práctica observada generalmente se llaman con razon preguntas generales, y

convienen en este punto con las demas que incluye la pregunta primera, aunque estas se diferencian en la denominacion *de generales de la ley* por estar escritas en ella.

19 Las otras preguntas del cuerpo del interrogatorio se llaman útiles, porque tocan á los hechos principales producidos en la demanda como fundamento de la intencion de la parte. Estos hechos han de ser probados por el actor en lo que no lo estuviesen por confesion del reo demandado. Lo mismo debe hacer y probar el reo en lo que conduzca á su intencion; y he aquí la regla que puede darse para formar los interrogatorios, sin distraerse á preguntas de lo que no puede probarse, ó de lo que aunque se pruebe no puede aprovechar para la decision de la causa; y como no se toma exacto y cabal conocimiento, cuando se presentan los interrogatorios de las preguntas que contienen, y si son en todo ó en parte conducentes, se reserva su exámen para el tiempo de la sentencia con aquella cláusula saludable y comun de que se admitan *en cuanto sean pertinentes*; y por efecto de ella quedan desaprobadas las preguntas inconducentes y sin valor quanto sobre ellas hayan declarado los testigos.

20 Sucede muchas veces que presentados los testigos en el término concedido para probar no se reciben dentro de él sus declaraciones, y se trata de si haciéndolas despues de pasado tendrán el mismo valor y efecto que si las hubieran ejecutado dentro del término.

21 Los autores proceden á resolver esta cuestion distinguiendo dos casos: uno cuando el término que señaló el juez para probar es menor que el de la ley; y entonces convienen en que si se presentasen y jurasen dentro de él los testigos, pueden hacer y extender sus declaraciones aunque haya pasado.

22 Si se hubiese recibido la causa á prueba por todo el término de la ley en cualquiera de los casos indicados en ella, resuelven lo contrario; esto es, que aunque se presenten y juren dentro del término, no pueden declarar despues de pasado. Otros añaden

la diferencia de que se hubiese señalado el término para probar y haber probado, en cuyo caso no admiten las declaraciones despues de pasado, pero sí cuando el término fué sencillo para probar solamente.

23 Acevedo á la *ley 1. tit. 6. lib. 4. n. 7.* se explica en los términos siguientes: *Secundo notandum est, in jure dupliciter terminum ad probandum assignari posse; aliquando enim datur, et assignatur simpliciter ad probandum, aliquando vero ad probandum, et probatum habendum, ut hic; et inter hos terminos maxima constituitur differentia, quoniam in priori termino simpliciter ad probandum constituto sufficit testes jurare intra terminum hunc, ut possint eo elapso examinari, et ut censeantur in termino depossuisse, quia depositio, et dictum talis testis retrahitur ad tempus juramenti.*

24 Diego Perez á la *ley 5. lib. 3. tit. 8. del Ordenam. pág. 1110. vers. Sed tamen in contrarium: Dicendum est, quod aut loquimur in termino probatorio assignato à jure, vel in praefixo à Judice. In priori casu non sufficit jurare infra terminum; sed necessarium est, quod eo durante deponant testes, alias transacto termino, non poterunt amplius in causa executionis deponere: si vero terminus ad probandum sit assignatus à Judice, procedunt quae dicta sunt in contrarium: terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis.*

25 Paz, tom. 1. part. 1. temp. 8. n. 47. *Si vero testes fuerint producti, et jurati in termino, examinari poterunt elapso termino. Adverte tamen quod in casibus, in quibus testes producti, et jurati intra terminum examinari possunt post terminum, illud procedit in termino à Judice assignato; caeterum in termino ab ipso jure statuto non sufficiet testes esse productos, et juratos in termino; sed etiam intra terminum examinandi erunt.*

26 El Autor de la *Curia Philipica* en la 1. part. del Juicio Civil, §. 16. n. 19. dice: «Habiendo término probatorio señalado, despues de pasado no se pueden presentar testigos, como consta de una ley de Partida, aunque