

»se pueden examinar los presentados en tiempo, haciéndose antes de la conclusión, en el término de la publicación: lo qual se entiende, quando el término se dió solo para probar, ó quando se dió menor del que á lo mas el estatuto, ó ley dispone.»

27 La diferencia que se observa en las opiniones referidas y en sus fundamentos pondrá en confusion no solo á los que se dedican y tratan de instruirse en la práctica, sino tambien á los que la han ejercitado muchos años, así porque no siempre hay tiempo para que los abogados y jueces se detengan en reconocer y combinar las razones de los autores, como porque no siempre alcanzan á discernir cuales sean mas poderosas, y es de grande ventaja remover estos embarazos, poniendo una resolucion positiva á la cuestion indicada con las razones sólidas y sencillas en que se funda.

28 La retrotraccion á que recurre Acevedo queriendo unir el tiempo del juramento que hacen los testigos dentro del término probatorio, y el de sus declaraciones que se reciben y extienden despues de él, no se funda en ley ni en razon: porque la inventada retrotraccion es una ficcion traslativa de los tiempos, que no puede introducirse sin ley expresa auxiliada de la equidad y necesidad que la excite en beneficio de la causa pública. Este es el sentir uniforme de los autores: Carlev. de *Judiciis*, tit. 3. disp. 23. n. 12.: Salgad. de *Reg. part.* 2. cap. 2. n. 31. et in *tract. de Retention. part.* 2. cap. 17. n. 52. vers. *Nec dicatur*: Gomez, *Var. resol. lib.* 2. cap. 11. n. 3. vers. 3.: y en la *ley 45 de Toro* n. 23. y 93. con otros muchos.

29 ¡Adónde pues está la ley que permita jurar los testigos dentro del término señalado por el juez, y recibir sus declaraciones despues de pasado! ¡Ni adónde hallan la razon de equidad y urgente necesidad en beneficio de la causa pública que obligue á inventar el remedio de la ficcion, que es el mas singular y extraordinario de los derechos! ¡Y cómo se podrán unir dos tiempos tan distantes en su naturaleza, siendo el del juramento hábil

y el de la declaracion inhábil! A la verdad que esto no puede caber en la ficcion, la qual siempre debe imitar á la naturaleza, como se demuestra por unos principios constantes en todos los casos que pueden recibir semejantes ficciones.

30 Los hijos naturales se legitiman por el matrimonio subsiguiente, porque pudo contraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, siendo los dos tiempos hábiles; y por esta causa y la notoria equidad á beneficio de los hijos y de la causa pública, permite y autoriza la ley la union de los dos tiempos: *ley 1. tit. 13. Part. 4. ley 9. tit. 8. lib. 5. de la Recop.* (Ley 1. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Recop.) Lo contrario se dispone quando el uno de ellos no es de igual naturaleza y aptitud, como sucede en los incestuosos, adulterinos, y los demas que nacen de dañado y punible ayuntamiento: *cap. 1. et 6. ext. Qui filii sint legitimi: Gonz. en su Comentario*: y el señor Covarr. de *Matrimon. part.* 2. cap. 8. §. 2.

31 La adiccion de la herencia en el heredero extraño se retrotrae y une á la muerte del testador por efecto de la ficcion traslativa, que introduce la ley quando en los dos tiempos de la muerte del testador y de la adiccion era capaz el heredero de ser instituido, y de adquirirla. La equidad y necesidad de este caso es tambien notoria, como se expresa en la *ley 22. tit. 3. Part. 6.* y en el §. 4. *Institut. de Hered. qualitate, et differ.* y lo explica allí Vinnio, descubriéndose la utilidad pública en unir estos dos tiempos para que no se interrumpiese el dominio y posesion de los bienes, que no puede estar pendiente ni un solo momento segun la opinion y fundamentos del señor Molina, de *Primog. lib.* 1. cap. 19. n. 10. y del señor Larrea *decis.* 51. n. 32.; y para que pudieran continuarse los efectos de la usucapion que empezó en el difunto, y continúa en el heredero por haberse unido la posesion de uno y otro por medio de la ficcion indicada.

32 Paz y el autor de la *Curia Philípica* en los lugares citados no dan

razon de su sentencia; y Diego Perez la reduce á la cláusula última del número referido: *ibi: Terminus enim juris potentius excludit, quam terminus hominis*. No explica, ni aun señala Perez en qué consiste la mayor fuerza que atribuye al término de la ley sobre el del hombre, y esta vaga autoridad dificulta la inteligencia, ó la pone en grande confusion.

33 A mí me parece que podia evitarse la oscuridad que producen las opiniones referidas y las razones en que se fundan reduciéndolas á una muy sencilla, natural y sólida; y consiste en que el término de prueba menor que el de la ley usando del prudente arbitrio, que dispensa al juez la *1. tit. 6. lib. 4.* (Leyes 1. y 3. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.), procede de un auto interlocutorio, qual es el de prueba; y como este puede reformarse por el mismo juez que le dió, ya lo haga por palabras prorogando el término, ó por hechos que induzcan iguales efectos, se convence con toda evidencia que quando el juez recibe el juramento á los testigos dentro del término señalado en el auto de prueba, que se supone ser menor que el de la ley, y reserva recibir las declaraciones despues de él, se entiende que lo prorroga por el tiempo que sea necesario para concluir aquella probanza, y por este medio ordinario puede extenderle al que señala la ley. En resumen viene á concluirse que quando el juez recibe el juramento á los testigos, y reserva sus declaraciones, alza y remueve el término primero, y deja sin embarazo el de la ley como si hubiera empezado con él: porque el juramento y exámen es un solo acto que empieza en el juramento, y acaba en la declaracion, y está bien descubierto el ánimo del juez en apartar todo impedimento para continuar y concluir el acto empezado en el mismo tiempo hábil dentro del término de prueba, que es el de la ley, alzando el de la restriccion que habia puesto él mismo en el concepto de que seria suficiente, y no lo fué segun se supone.

34 Podrá preguntarse oportunamente en este lugar si el último dia de

los ochenta señalados por la ley para hacer la prueba excluye por sí solo y con tal eficacia la intencion de los litigantes que si pretendiesen pasado dicho término hacer probanza antes de la publicacion de las ejecutadas dentro de aquel tiempo, pueda y deba el juez de la causa repeler de oficio la pretension, negando la audiencia sobre ella, ó si ha de concurrir ademas del lapso de los ochenta dias contradiccion de alguna de las partes, ó instancia para que sin retardacion se dé curso á la causa con la publicacion de probanzas.

35 La disposicion literal de la citada *ley 1. tit. 6. lib. 4.* (Leyes 1. y 3. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) hace la prueba mas expresiva y concluyente de que solo el lapso del término señalado en ella cierra enteramente el paso á cualquiera instancia de hacer probanza fuera de él: *ibi: «Y que no los puedan alargar, y que esto sea por todos plazos, y término perentorio: con apercibimiento que no les sea dado otro término, ni éste les sea prorogado, ni gelo puedan prorogar, ni alargar.»*

36 El simple señalamiento de los ochenta dias contiene con igual fuerza y efecto dos partes dispositivas: una es la facultad de probar dentro de él, y otra la prohibicion de hacerlo fuera. El que no usa del tiempo que le concede la ley, se entiende que le renuncia, y abusando de su indulgencia, no puede implorar su nuevo auxilio, ni venir contra su propio hecho: Salgad. de *Regia part.* 3. cap. 9. n. 227. *cum ibi relatis: cap. 10. ext. de Immunitat. Ecclesiar.: leg. 13. Cod. de Non numerat. pecun.: cap. 10. extr. de Probationib.: Vela, dissert.* 38. n. 17.

37 La calidad de ser perentorio y por todos plazos el término de los ochenta dias, y la de repetirse tantas veces la prohibicion de que el juez no le pueda alargar, ni dar á las partes otro término, apercibiéndole en caso de contravencion, manifiestan mas vivamente la intencion del legislador en que se hiciese la probanza dentro de este término, y que no pudiera admitirse fuera de él (*ex late traditis á*

Castill. lib. 4. cap. 52.), y entonces queda desde aquel punto privado el juez de todo arbitrio, y ligadas las manos para relajar la ley, cuya observancia y cumplimiento debe solicitar y llevar á efecto por su oficio como ejecutor de ella, siendo conforme á estos principios que la probanza que recibiese el juez pasado dicho término estando tan clara la prohibicion de la ley, sea *ipso jure* nula.

38 El enunciado término fué reducido á los ochenta dias por todos plazos y en calidad de perentorio para atender á la brevedad y conclusion de los pleitos, que es uno de los primeros objetos de las leyes, como lo es la utilidad pública á que se dirige. Por esta razon es de notar que en el mismo *tít. 6. del lib. 4.* se une á los términos de las pruebas la conclusion de los pleitos, y en esto se indica bastante que ella es el fin de los términos que la proceden, y que ni las partes ni el juez pueden obrar contra él, embarazando el progreso de los autos con probanzas de testigos pasado el tiempo en que pudieron hacerlas.

39 La fuerza del tiempo limitado y la nulidad que influye en todo lo que despues de él se hace, estan uniformemente demostradas en todos los casos semejantes de que tratan las leyes.

40 En la *ley 34. tít. 16. Part. 3.* se propone el caso de haber alguna parte presentado testigos en juicio para probar su intencion, solicitando que por ellos, y sin querer usar de otros, diese el juez su sentencia; y despues de esta expresa renuncia desea presentar nuevos testigos, y la ley los admite bajo de ciertas calidades: la primera que los testigos recibidos antes no hayan sido abiertos ó publicados: la segunda que jure la parte que no sabe lo que dijeron los suyos ni los otros que habia dado su contendor; y la tercera que no fueren pasados todos los plazos en que habia poderío de probar, y repite: «Mas si los plazos fuesen pasados, non gelos deven despues resebir. Salvo ende carta, ó instrumento. Ca esto bien gelo puede resebir ante de las razones cerradas.»

41 Esta última condicion de la ley

contiene tres partes: una positiva por la cual permite presentar nuevos testigos y continuar su prueba dentro de los plazos en que habia poderío de hacerla: otra negativa prohibiendo la presentacion y exámen de testigos pasados los plazos que señalan las mismas leyes para la prueba, que es lo decisivo de la cuestion propuesta; y la tercera parte consiste en la excepcion con que acaba la ley, *Salvo ende carta, ó instrumento*, la cual es otra especie de prueba que confirma la regla en contrario.

42 El remedio de la tenuta, que nace de la ley de Toro acerca de los bienes de mayorazgo, es privativo del Consejo, y tiene dos tiempos perentorios, uno para introducirle, y otro para acabarle. El primer término es de seis meses contados desde la muerte del tenedor del mayorazgo, y posesion tomada por alguno que pretenda suceder en él: *ley 9. tít. 7. lib. 5. Paz, de Tenut. tract. 1. c. 16.*

43 Si pasado el referido término de los seis meses viniere alguno al Consejo solicitando por el remedio de la tenuta la declaracion de haberse transferido en él la posesion civil y natural por ministerio de la ley de Toro, y que en su consecuencia se le mande dar la real, corporal, *vel quasi*, con recudimiento de frutos, que es la forma de este remedio singularísimo, no será oído ni admitida su instancia, porque feneció su accion en el último momento de aquel tiempo sin poder recobrarla por el privilegio de la restitucion ni por otro medio alguno. Tal es la exclusiva de este término: *ex dict. leg. 9. tít. 7. lib. 5. Recop. in fin. Paz, de Tenut. cap. 17. Molin. de Primog. lib. 3. cap. 13. n. 60. et 61.*

44 El segundo término es de cincuenta dias igualmente perentorios, sin que se pueda prorogar mas, dentro del cual las partes digan y aleguen, prueben y presenten lo que quisieren; y luego se vea el dicho pleito: *la misma ley 9. tít. 7. lib. 5.*

45 Cuando se cometian estas instancias por el Consejo, mandaba al juez que en comenzando á entender en el negocio asignase término de cin-

cuenta dias á las partes por todos términos y plazos, y que no se pudiera prorogar ni alargar por ninguna manera ni causa, si no que dentro de él los oyerá, y las partes ante él dijieran y alegaran, y presentaran los mayorazgos y otros títulos, escrituras y probanzas que quisieran; y hecho y concluso el negocio dentro de los dichos cincuenta dias sin otra conclusion ni prorogacion mas para determinarlo, se trajese ante los del Consejo, y traido se viese y determinase luego sin haber, ni dar lugar á otra alegacion ni probanza.

46 En las dos partes de la citada *ley 9.*, y en los dos modos de sustanciar el juicio de tenuta, estan reducidos los oficios de las partes á los estrechos limites de los cincuenta dias señalados; y desde aquí empiezan inmediatamente los del juez y del Consejo, que son incompatibles con aquellos, y tienen su objeto determinado, lo cual procede no solo cuando los juicios de tenuta estaban reducidos á la material tenencia de los mayorazgos, sino tambien despues que se amplió su efecto á la posesion de ellos remitiéndose á las audiencias tan solamente cuando á la propiedad: *ley 10. tít. 7. lib. 5. (Ley 3. tít. 24. lib. 11. de la Nov. Recop.)*

47 Para decir de nulidad de la sentencia estan señalados sesenta dias; y si dentro de este tiempo no lo dijeren las partes, no son oídas despues: *ley 2. y 3. tít. 17. lib. 4. de la Recop. (Leyes 3. y 23. tít. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.)*

48 Para apelar de la sentencia estan señalados cinco dias contados desde que se diere y viniere á noticia de las partes; y pasados sin usar de este remedio queda desde allí la sentencia ó mandamiento firme: *ley 1. tít. 18. lib. 4. (Ley 1. tít. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.)* «Pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y viniere á su noticia:» *ley 4. del mismo tít. y lib. in fin. (Ley 5. tít. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)* «Que se pueda alzar hasta quinto dia despues que le fuere notificada:» *ley 7. del mismo tít. y*

*lib. (Ley 2. tít. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.);* siendo todo efecto del curso del tiempo aun en un derecho y facultad tan favorable y recomendable como es la apelacion.

49 Los nueve dias concedidos para poder sacar por el tanto los bienes vendidos, en los casos que lo permiten las leyes, corren con tal impulso que el último momento de ellos excluye todo el derecho y facultad de retraerlos, sin que pueda recobrase por el remedio de la restitucion en los menores ni en otras personas privilegiadas: *ley 7. y 8. con otras del tít. 11. lib. 5. (Leyes 1. y 2. tít. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)*

50 El remedio de la lesion en las ventas que se hacen en mas de la mitad del justo precio, ó en tan ínfimo que no llega á la mitad, tiene tambien prescripto el término de cuatro años contados desde el dia en que fueron hechos los contratos; y el curso de este tiempo excluye igualmente la accion, y la deja desde aquel momento extinguida: *ley 1. tít. 11. lib. 5. in fin. (Ley 2. tít. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.)* «Del dia que fueren hechos fasta en quatro años, y no despues.»

51 Bastan estos ejemplares, á que pudieran añadirse otros muchos, para convencer con demostracion el influjo que tiene el tiempo y su curso cuando lo ponen las leyes sin necesidad de auxiliarse con los oficios de las partes ni del juez, porque son mas vivos y eficaces los de las mismas leyes.

52 En contrario de lo que se ha expuesto hasta ahora en prueba de la conclusion antecedente hacen al parecer bastante fuerza las proposiciones siguientes: primera que el juez debe trabajar para descubrir por todos los caminos posibles la verdad y la justicia, que es el término de los juicios, sin detenerse en formalidades escrupulosas, ni aun en las que tocan en la sustancia del orden: *ley 34. tít. 16. Part. 3.* «E esto es porque los Jueces siempre deben ser apercebidos para puñar de saber la verdad por quantas partes podieren:» *ley 10. tít. 17. lib. 4. de la Recop. (Ley 2. tít. 16. lib. 11. de la Nov. Recop.);* segunda

que la prueba de testigos es el mejor medio y mas frecuentemente usado en los juicios para llegar á descubrir la verdad y la justicia, y rara vez se logra igual prueba por instrumentos, siendo consiguiente á estos dos principios otro igualmente cierto, cual es que las pruebas y los medios de hacerlas no se han de estrechar ni limitar, antes bien se deben facilitar proporcionándolas al modo y tiempos en que puedan darse, atendida tambien la calidad de la causa, de donde resulta admitir probanzas imperfectas, reunir indicios y presunciones, y darles valor en los casos secretos y de difícil prueba, todo con el fin de averiguar por los medios posibles la verdad y la justicia.

53 Los términos que señalan las leyes para hacer las probanzas, sirven principalmente para no dejarlos al arbitrio indefinido de las partes, y prevenir la malicia con que podrian dilatar considerablemente las causas en gran daño del estado; pero si pasados dichos términos se ofrece la parte á probar incontinenti los hechos en que funda su intencion, no se puede concebir malicia ni daño considerable en la dilacion del proceso, que es la segunda proposicion.

54 La tercera de las proposiciones que hacen fuerza contra lo expuesto á favor de la enunciada conclusion es que no se presume que las partes quieran abandonar ni perder los derechos y bienes que litigan, como sucederia si omitiesen de intento hacer su prueba en tiempo y forma, porque en ello consiste toda la fuerza de la verdad, sin la cual perderia necesariamente su derecho; y es preciso creer que tuvo alguna justa causa que le impidió hacer su prueba en el tiempo señalado por la ley; y estando á su favor esta presuncion no parece justo gravarla con la necesidad de probar el impedimento, pues le seria costoso, difícil y á veces imposible.

55 La cuarta proposicion igualmente contraria á la conclusion establecida es que presentar los testigos pasado el término de los ochenta dias, pero antes de publicarse los que se ha-

bian examinado dentro de él, es un acto que aprovecha á la parte que solicita hacer entonces su prueba, y no perjudica á las contrarias, respecto á que no lo contradicen, ni es de temer soborne á los testigos ignorando los recibidos en el término ordinario, pues se supone no haberse publicado, ni se detiene por tiempo considerable el curso de la causa: porque el juez puede señalar á su arbitrio prudente un término breve para que la parte presente y sean recibidos sus testigos, y proceder despues á la publicacion de unos y otros.

56 Al contrario sucederia si no defiriese á la presentacion y exámen de testigos de la parte que no ha hecho prueba en el término de la ley, porque sin ella pereceria su justicia con grave daño de sus intereses, lo cual resiste la equidad de las leyes; y para no caer en esta especie de iniquidad moderan su rigor en casos de mas estrecha prohibicion: uno de ellos, y acaso el mas controvertido, se deduce de la *ley 2. tit. 20. lib. 4. de la Recop.* (Ley 7. tit. 22. lib. 11. de la Nov. Recop.) en la que dando forma y orden á los juicios de segunda suplicacion se dispone que los jueces nombrados «las vean, y determinen de los mismos autos del proceso, sin rescibir escrito, ni petition, y sin dar lugar á otras nuevas alegaciones, ni probanzas, ni escrituras, ni dilaciones, ni pedimentos por via de restitution, ni en otra manera alguna.»

57 Á vista de una ley que apura tanto la brevedad, y reduce el conocimiento de los jueces á los autos del proceso formados en las anteriores instancias, excluyendo con eficaz repetition las probanzas y escrituras por via de restitution ni en otra manera alguna, fueron de sentir muchos autores que no debian admitirse nuevos instrumentos en este singularísimo juicio, aunque jurasen las partes haber llegado nuevamente á su noticia; pero otros de grave y superior nota, cuya opinion se halla autorizada con la práctica y observancia del Consejo, fueron de dictámen que cuando los nuevos instrumentos que se presentan con el

juramento indicado, manifiestan claramente la justicia de la parte, deben ser admitidos para no caer en la iniquidad de ver perecer la justicia y la verdad, á lo cual no podia haberse opuesto la citada ley ni otra alguna: Maldonado, *de Secund. Supplicat. tit. 6. q. 5. per tot. ubi plura videbis.*

58 Son de notar dos diferencias entre la proposicion antecedente y el caso deducido de la citada *ley 2. tit. 20. lib. 4.*: la una que la instancia ó juicio de que trata esta ley es el último, y no queda recurso para mejorar la intencion de las partes con otra prueba, lo que no sucede con las primeras instancias de que se va tratando en este capítulo: porque en las de apelacion puede la parte enmendar su omision probando con instrumentos y testigos lo que no probó en el anterior juicio: *ley 1. 2. 3. y 4. tit. 9. lib. 4.* (Ley 4. 5. 6. titul. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)

59 La segunda diferencia consiste en que la citada *ley 2. tit. 20. lib. 4.* (Ley 5. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) no recibe prueba de testigos sino de instrumentos con la calidad y juramento insinuados; y no de cualquiera instrumento sino de aquellos que á primera vista manifiesten la justicia de la parte de un modo que no admita probable impugnacion.

60 En satisfacion de estos dos reparos se debe tener presente que las probanzas se hacen en las primeras instancias sobre artículos en que fundan las partes su intencion; y como son por lo comun contrarias las pretensiones, viene á resultar que hecha la probanza de testigos por alguna en primera instancia, queda la otra impedida de hacer la suya en la segunda, porque se prohíbe ejecutarla sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fueron traídos ó recibidos testigos; y así viene á ser última instancia para la parte que no pudo probar en la primera, pues no le queda otra en que hacerlo, mirando desde aquel punto desamparada su justicia, y que necesariamente ha de perecer. La razon de esta prohibicion la expresa la mis-

ma ley, y consiste en el temor de que los testigos sean sobornados, y se hagan pruebas falsas, como habia acreditado la experiencia en los tiempos pasados, cuando se recibian las partes á prueba generalmente en grado de apelacion ó suplicacion.

61 La presentacion de instrumentos es permitida pasado el término de la prueba y aun despues de publicados los testigos hasta la conclusion de la causa, porque no admiten la sospecha de ser alterados, á que estan expuestos los testigos cuando se buscan y presentan despues de publicadas sus deposiciones. Lo único que recelan las leyes en la presentacion de instrumentos es la malicia de haberlos reservado para irlos produciendo separadamente en el progreso de la causa con el fin de dilatarla, omitiendo usar de ellos cuando debian ejecutarlo, y en los plazos que estan señalados: *ley 1. tit. 2. lib. 4. de la Recop.* (Ley 1. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Y si entiende que puede probar su demanda por escrituras, las presente luego con la informacion de caso de Corte:» *ley 2. del mism. tit. y lib. in fin.* (Ley 2. tit. 3. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Y pareciendo los reos en quanto á la presentacion de las escrituras, que oviere de presentar para su defensa, se guarde lo que de suso está declarado que ha de hacer el actor» *ley 1. y 2. tit. 5. lib. 4.* (Ley 1. 2. y 3. tit. 9. lib. 4. (Leyes 4. 5. y 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.) Para purgar la sospecha de esta malicia sirve el juramento de haber llegado nuevamente á su noticia, al cual se defiere por ser la única prueba que puede admitir el pensamiento y dictámen á que se refieren; y aun sin el juramento que prescriben las leyes, se admiten los instrumentos antes de la conclusion conforme á la práctica de los tribunales.

62 Los testigos que se presentaren pasado el término ordinario de la ley estando cerradas, y sin publicar las probanzas, estan igualmente libres de todo recelo de que sean sobornados por la parte que los produce; y conviniendo en este punto con los instrumentos parecia que debian admitirse