

canzaba á probar plenamente su intencion, y que estaba expuesto á perder la causa si no la aumentaba; y este exámen y conocimiento, aunque fuese instructivo y breve, traería gravísimos inconvenientes, por ser necesario para estimar este incidente cotejar los hechos de la prueba del menor con el mérito de la causa principal, descubriendo el juez en su progreso el juicio que hacia de ella antes de llegar á la definitiva; y aun entonces sería poco segura la decision en deferir á la restitution, ó negarla; y en el conflicto del daño que podría sufrir el menor si se excluyese la restitution pedida, y el que podría traer la dilacion de la causa por admitirla, debe ocurrirse en cualquiera duda al primero, así porque toca á su natural defensa, como porque el juicio del juez inferior acerca de estimar la probanza hecha por el menor en el término ordinario de la ley, no le pondría en seguridad de sus derechos; pues el juez de la segunda y ulteriores instancias podrían dudar de aquella prueba, y apetecer otra mas completa que hubiera hecho el menor en uso de la restitution pretendida, y no podría practicar en la segunda instancia por ser relativa á los mismos artículos ú otros derechamente contrarios propuestos y comprendidos en la prueba de la primera instancia.

67 Tambien tiene término señalado el menor para pedir esta restitution conviniendo en esto con la que corresponde á los contratos y prescripciones, de que se ha tratado en los preliminares de este capítulo; pero el enunciado término para usar de la restitution en las probanzas ha tenido alguna variacion, segun se percibe de las mismas leyes citadas.

68 En la 5. del tit. 6. lib. 4. (Ley 9. tit. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.) se permite al menor usar de restitution despues de publicados los testigos sin determinar tiempo; y es consiguiente pudiera hacerlo hasta la sentencia difinitiva, y sin duda lo usaron así en inteligencia y observancia de la citada ley; pero aquí no pudieron menos de tocar gravísimos incon-

venientes, señaladamente el de sobornar y corromper los testigos que se presentaban á nombre del menor, tomándose para ello el largo tiempo que mediaba desde la publicacion hasta la sentencia, en cuyo intermedio se habrían instruido bien por el proceso de los dichos de los testigos presentados por las partes contrarias.

69 Para ocurrir á estos abusos que habia mostrado la experiencia, y se motivan expresamente en la citada ley 3. tit. 8. lib. 4. (Ley 3. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.) se restringió aquel término indefinido desde la publicacion á la sentencia al preciso de quince dias, *ibi*: «Pidiéndola dentro de quince dias despues de la publicacion.»

70 La desconfianza y los recelos de que no bastase la restriccion del término de los quince dias á contener la malicia de los que abusaban á nombre del menor del auxilio de la restitution para dilatar la causa, obligó á los legisladores á precaverla con la pena que se debia imponer y exigir, haciéndola depositar para la mas pronta ejecucion en el caso de que no probase el menor los artículos que proponia.

71 El señalamiento de esta pena quedó al arbitrio de los jueces que conocian de la causa; pero la necesidad de ella, y el depósito de la que determinase, era efecto de la misma ley: *ibi*: «Y que se le ponga pena segun bien visto fuere á los del nuestro Consejo, ó al Presidente, y Oidores que conocieren de la causa; y que no se resciba á prueba de tachas hasta pasados los dichos quince dias; la qual dicha pena luego depositate el que así pidiere la dicha restitution: y no se depositando luego la dicha pena, mandamos que no se resciban, ni hayan efecto los autos porque se pone; y porque depositándose mas ligeramente se puede executar contra los que en ella cayeren.»

72 Esta última parte de la disposicion no tiene uso en la práctica de los tribunales, como de los inferiores lo indicó Acevedo en la citada ley 3.

tit. 8. lib. 4. n. 42.; bien que lo mismo sucede ahora en los tribunales superiores. La razon que pudo mover á los jueces para disimular la pena, y condescender sin ella á la restitution, consiste en que por el miedo de la pena se contendrian los menores, y aventurarian su derecho por falta de prueba, quedando muy expuestos á que los testigos, de que se valiesen, variasen sus deposiciones, y quedasen sujetos á sufrir sin arbitrio la pena impuesta, convirtiéndose entonces esta precaucion por la malicia presunta en daño de la defensa natural, que es siempre muy recomendable, y mas particularmente en los menores que no pudieron hacer por sí su prueba en el término comun de la ley.

73 Las pruebas de las segundas instancias en los casos que ha lugar á ellas, conforme á lo dispuesto en las leyes 4. y 5. tit. 9. lib. 4. (Leyes 6. y 7. tit. 10. y 4. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.) se hacen y observan con las mismas prevenciones para ocurrir á la malicia de los que piden restitution, y aun se añade alguna otra en la citada ley 5. [17] que en su primera parte dispone que de las nuevas excepciones opuestas en la segunda instancia, que no se pusieron, ó no fueron recibidas en la primera, las partes sean recibidas á prueba: que el término para las probar sea arbitrario con tal que no exceda del que fue dado en la primera instancia: que pasado se conceda restitution á la parte que la pidiere, si fuere de las que gozan de este beneficio, con tal que jure que no la pide por malicia, y que cree y entiende probar lo que así alega: que sea pedida dentro de quince dias despues de la publicacion: que se le imponga pena; y que se le niegue otra restitution.

74 Tambien se pusieron límites á la restitution que se pide para poner nuevas excepciones en primera instancia; pues teniendo señalados sus términos para las alegar y oponer, ley 1. tit. 5. lib. 4. (Ley 1. tit. 7. lib. 11. de la Nov. Recop.), si no lo hiciesen dentro de ellos, y pidiesen restitution para oponerlas de nuevo, se les concede con tal que la pidan antes de

la conclusion para difinitiva. Este término indefinido entre la publicacion y conclusion para difinitiva es equivalente al que se permitia por la ley 5. tit. 6. lib. 4. (Ley 9. tit. 11. lib. 11. de la Nov. Recop.) despues de publicados los testigos á fin de pedir restitution para probar los menores; pero así como se restringió este término al de los quince dias despues de la publicacion, tambien debe entenderse limitado á los mismos quince dias para oponer nuevas excepciones, de que trata la citada ley 5. tit. 5. lib. 4. de la Recop. (Ley 1. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

75 La uniformidad en la inteligencia de las dos leyes enunciadas se asegura mas atendiendo á que fué unó mismo el autor de ellas, y se establecieron en las córtes de Alcalá, Era. de 1386.

76 El término que se concede al menor para hacer su prueba por via de restitution es la mitad del que se dió primero para hacer la probanza principal; y la otra parte, aunque no sea menor puede gozar del mismo término si quisiere para hacer su probanza, segun y como lo puede hacer la parte á quien fuere otorgada la restitution: ley 3. tit. 8. lib. 4. (Ley 3. tit. 13. lib. 11. de la Nov. Recop.)

77 Estas dos particulares disposiciones relativas á la mitad del término, y á que pueda usar de él la otra parte, proceden sobre el sistema de los principios establecidos acerca de la restitution *in integrum*, siendo el principal retrotraer al menor al tiempo anterior al daño recibido, y fingiendo que estuvo siempre en aquel estado, libre y expedito para removerle; y en su consecuencia se considera el menor dentro del término ordinario de la ley, y es indispensable ponerle en el oportuno y conveniente para que logre y pueda cumplir el fin de hacer su probanza y con este objeto se le dispensa la mitad del término que se dió conforme á la ley; y como por efecto de la misma ficcion vuelve el menor á estar en el término comun, del cual podrían usar las otras partes, si realmente no se hubiera cumplido

el señalado por la ley, el mismo influjo y efecto ha de causar la ficción: Gom. in leg. 9. Taur. n. 60.: Gutierr. Practicar. lib. 1. cap. 122. n. 1. vers. Sed his non obstant: Barbos. in leg. 19. ff. de Judiciis, n. 102.: Vela, disert. 27. n. 9.

78 En la enunciada ley 3. tit. 8. lib. 4., y en las demás que tratan de la restitucion y van citadas, se dispone que en la misma sentencia que se le otorgare se le deniegue otra restitucion. Esta parte se justifica, y procede del mismo sistema y principio de reducirse el efecto de la restitucion al de la ficción retroactiva, y es consiguiente que no se puedan verificar dos procedentes de una misma causa, y dirigidas á un propio objeto: Vela, dissert. 31. n. 20. ibi: *Duplex namque fictio ex eodem fonte circa idem proveniens, jure non admittitur*: Menoch. de Præsumpt. lib. 1. q. 8. n. 23. y 24.

79 Si pasado el término ordinario de la prueba, que es el supuesto que da entrada á la restitucion *in integrum*, cumpliese el menor los veinte y cinco años, dudan algunos si podrá pedirla. Acevedo en la ley 3. tit. 8. lib. 4. dice que cumpliendo los veinte y cinco años antes de la publicacion de probanzas, si despues fuese hecha con toda la solemnidad debida, no tiene lugar la restitucion; pero cumpliéndolos despues de la publicacion y dentro de los quince dias, que concede la ley á los menores para pedirla, que tiene lugar, y concluye diciendo: *Et placet mihi hæc concordia, et distinctio*.

80 Los fundamentos y razones que indica para probar la enunciada doctrina son tan débiles y contrarios á las leyes que dan regla en este punto de restitucion *in integrum*, que el mismo Acevedo poco satisfecho de su sentir vacila, y al parecer se inclina á que en uno y otro caso podrá pedir la restitucion, concluyendo al fin con dejar indeciso el asunto: ibi: *De quo tamen cogitandum relinquo, nam et afflictis ubi supra indecisum hunc casum reliquit*.

81 Á la verdad yo no hallo términos para la duda propuesta, porque las leyes apeteen de necesidad dos

partes para que tenga lugar la restitucion: la una que efectivamente haya daño capaz de inclinar la equidad del juez por la entidad y circunstancias que ya se han explicado en este capítulo: la otra que se haya experimentado este daño en tiempo de la menor edad por su debilidad ó por culpa ó malicia de los tutores, defensores y abogados, como tambien queda fundado. Estos dos extremos se hallan plenamente calificados en el caso propuesto, porque el daño consiste en no haber probado en el término ordinario de la ley, hallándose entonces en la menor edad. Esta cualidad no es necesaria al tiempo de pedir la restitucion, porque en los contratos ó prescripciones reclaman el daño por el auxilio de la restitucion cuando ya son mayores de edad, haciéndolo dentro de los cuatro años que conceden las leyes para usar de este remedio.

82 En los juicios que toman el concepto de cuasi contratos procede la propia regla, sin otra diferencia que la accidental de ser mas limitado el término que en el artículo indicado de las probanzas, señala la ley para pedir la restitucion, y es el de quince dias despues de publicadas; pero no puede dudarse que acabado el término ordinario, y sin esperar la publicacion, puede reclamarse el daño de no haber probado; pues los quince dias despues de la publicacion se ponen para detener y excluir el uso de este beneficio, pero no como término en que haya de empezar.

83 Mayor duda podia concebirse en el mismo caso propuesto, cuando entrase el menor en la mayor edad pendiente el término ordinario de la ley, pues teniendo el suficiente para hacer su probanza, si la omitiese, y por esta razon sufriese daño, no podría alegar que lo habia padecido siendo menor, que es una de las partes esenciales que deben concurrir para impetrar la restitucion; y solo tendrá lugar si el término que faltaba que correr al ordinario de la ley, cuando cumplió el menor los veinte y cinco años, no fuese bastante para hacer su prueba; pues entonces se verificará

que el daño de su omision procedió del tiempo de su menor edad.

84 Si muriese en ella, y el heredero ó sucesor fuese mayor de edad, podrá usar del mismo auxilio de la restitucion que competia al menor: ley 8. tit. 19. Part. 6. «E esta restitucion puede demandar en todo pleyto, ó conoscencia quel oviese fecho á daño de sí, ó su Guardador, ó su Abogado. E tal demanda como esta puede hacer el menor en todo el tiempo fasta que sea de edad cumplida de veinte y cinco años; y aun en quatro años despues deso: é non solamente puede el menor hacer demanda fasta este tiempo, mas aun sus herederos:» leg. 6. ff. de *In integrum restitut.*: leg. 18. §. ult. ff. de *Minorib.* 25. an.: Molin. de *Just. et jure tract.* 2. disput. 573. n. 18. Gom. *Var. tom.* 2. cap. 14. n. 6. Ayllon in *dict. num. cum aliis ibi relatis*. Aunque parece personal del menor este beneficio, y es por otra parte efecto de una ficción retroactiva y singularísima, que debe restringirse sin admitir extension de una persona á otra ni de caso á caso, como abraza un interés real efectivo, hace misto el remedio de la restitucion, y de consiguiente traslativo con la herencia á los sucesores del menor.

85 En el caso opuesto al antecedente próximo de ser el menor heredero del mayor de edad, que muriese pendiente el pleito en el estado de prueba dentro del término ordinario de la ley ó despues antes de la publicacion, ó en los quince dias siguientes á ella, se podrá dudar si el menor gozará por su persona del beneficio de la restitucion para probar en el caso de no haberlo hecho su antecesor, ó para ampliar la probanza.

86 Esta duda se resuelve por los mismos principios indicados, pues si el menor sucediese al mayor estando pendiente el término de prueba, y en estado de poder hacer la suya el difunto, si hubiese continuado la instancia, lo mismo podia hacer el menor que le sucedió, y omitiendo esta diligencia, resultará haberle venido el daño por no haber probado en tiempo competente en el cual era menor;

y concurriendo entonces las dos partes, que se han considerado necesarias por las leyes para que tenga lugar la restitucion, se le debe conceder si la pide dentro de los quince dias despues de la publicacion; pero si el menor sucede al difunto en tiempo que el pleito estaba recibo á prueba con el término ordinario, siendo este pasado no podrá usar del auxilio de la restitucion, porque el daño de no haber probado no le viene de la debilidad de su menor edad, ni le padeció en ella; y el vicio ó defecto de no haber probado el que seguia el pleito, siendo mayor se traslada al heredero, así como sucede en las ventajas que aquel tenia adquiridas por su diligencia ó por otra cualquiera causa.

87 Con estos conocimientos, que abrazan los dos tiempos de que se haya hecho la probanza en el término ordinario de la ley ó fuera de él en el intermedio de la publicacion, ó en los quince dias despues de ella, se percibirán con la debida claridad los efectos y fines de la publicacion de probanzas, y el tiempo y solemnidad con que debe pedirse y hacerse, de que se tratará separadamente en el capítulo próximo.

CAPÍTULO X.

De la publicacion de probanzas.

1 Cuando se trata de un punto en que las leyes del reino no disponen con la deseada claridad todo lo conveniente, seria menester que supliesen los autores este defecto discurriendo y deduciendo del espíritu de ellas los conocimientos que han menester con precision los abogados y los jueces; pero en la publicacion de probanzas, aunque en nuestras leyes omiten cosas muy substanciales, y suponen otras, en medio de que disponen oportunamente algunas, los autores tampoco las profundizan, sino que pasando ligeramente por la corteza de ellas, no suministran á abogados y jueces la instruccion que en esta parte necesitan.

2 En efecto si desean saber en que