

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, dissert. 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 interes 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

tiempo han de pedir y mandar hacer la publicacion de probanzas, no hallarán en las leyes ni en los autores disposiciones claras ni observaciones fundadas, que aseguren cumplidamente el acierto de sus resoluciones. Porque dos tiempos señalan para esto las leyes: uno el que se ha concedido para hacer probanzas, en cuyo espacio no permiten pedir su publicacion; y otro que empieza pasado dicho término, el cual consideran útil para pedir y mandar hacer publicacion de las probanzas; pero no ponen límites ni señalan el en que haya de acabar la facultad de pedirla en las partes, y la de mandarla hacer en los jueces.

3 La ley 39. tit. 1. lib. 3. (Ley 47. tit. 2. lib. 5. de la Nov. Recop.) manda que los procuradores no pidan publicacion sin ser pasado el término sopeña que la publicacion sea ninguna, y pague tres reales para los estrados.

4 La ley 10. tit. 6. lib. 4. (Ley 3. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) permite que el procurador pasado el término probatorio pueda pedir, si hay probanza, que se haga publicacion de ella; y al fin de la misma ley repite que cuando se pidiere publicacion, y la otra parte respondiere que dura el término, que no se haga hasta que sea pasado.

5 La ley 3. tit. 10. del mismo libro: (Ley 1. tit. 37. lib. 12. de la Nov. Recop.) trata del modo de proceder en las causas criminales por ausencia y rebeldía de los reos, y dispone entre otras cosas que la causa se reciba á prueba por el término que fuere señalado, y que dentro de él se reciban y examinen los testigos, y que pasados los dichos dias se presenten las probanzas en el proceso, y se haga publicacion en la causa.

6 La ley 37. tit. 16. Part. 3. dispone que el juzgador recibidos los dichos de los testigos y pasados los plazos de que ya habia hablado, que son los de la prueba que señala la ley 33. del mismo título y Part., «deve llamar las partes, é señalarles dia á que vengan á oír lo que dixeron los testigos. E si por aventura alguna de las partes fuese rebelde, é non quisiese

venir; por eso non debe el Judgador dexar de publicar los dichos de los testigos, si la otra parte que fué obediente lo demandare.»

7 La ley 11. tit. 17. Part. 3. dispone que hecha la pesquisa «dar deve el Rey, ó los Judgadores, traslado della á aquellos á quien tanxere la pesquisa, de los nombres de los testigos, é de los dichos dellos:» que es una publicacion efectiva de las probanzas hechas en la pesquisa, y para los mismos fines que explican generalmente las leyes en toda especie de causas.

8 Todas las que se han referido convienen en cuatro puntos: el primero que pendiente el término de prueba no se puede pedir ni hacer publicacion de probanzas: el segundo que pasado dicho término se puede pedir y mandar hacer: tercero que todas omiten señalar término dentro del que hayan de pedir la publicacion, y que pasado no sean oídas las partes que la pidieren: cuarto que tambien omiten declarar si en el caso de no pedir las partes la publicacion, puede ó debe el juez mandarla hacer de oficio; y estos son los artículos omitidos en las leyes y en los autores, que yo he leído con diligencia y cuidado.

9 Iguales omisiones de cosas esenciales y necesarias se advierten en otras leyes tratando de asuntos importantes; y se suplieron y enmendaron luego que la experiencia fué mostrando los inconvenientes y perjuicios que traian.

10 De la puja del cuarto que se permitió hacer en los arrendamientos de rentas reales, aunque estuviesen rematadas de último remate, trató la ley 5. tit. 13. lib. 9. de la Recop., omitiendo señalar el tiempo en que podia y debia hacerse dicha puja; pero el mismo autor de la ley enmendó este defecto en la 6. del propio tit. y libro, señalando el de noventa dias contados desde el último remate; y que pasados no se admitiese puja alguna, aunque fuese la del cuarto.

11 La ley 5. tit. 19. Part. 6. y la 7. §. 8. ff. de Minorib. viginti quinque ann. conceden al menor el beneficio

de la restitucion despues de celebrada el remate de sus bienes en almoneda pública, cuando ofrece otro mucho mayor precio, que es gran pro del mozo; y como no señalan dichas leyes el tiempo en que se deba usar de este ofrecimiento, ni se ha determinado este punto en otra alguna ley posterior, fue cosa muy prudente considerar en el juez que conoció en la almoneda, un arbitrio y facultad juiciosa para admitir, ó repeler el mayor ofrecimiento que se hiciese á beneficio del menor atendidas con reflexion las circunstancias de la dilacion con que se hubiese hecho la mejora de gran cantidad, el beneficio que de ella resultaria al menor, y el daño que sufriría el comprador, así por tener incierto su dominio mucho tiempo sin atreverse á mejorar los bienes comprados, como por las dificultades y gastos que ocurriesen en liquidar las mejoras que hubiesen ejecutado, con lo demas que advertí en el capítulo IX.

12 Por los mismos fundamentos parecia que la razon y la equidad dictaban que se fijara algun término que empezase á correr acabado el de la prueba para que dentro de él pidiesen las partes la publicacion de probanzas; y que pasado sin haberlo hecho la pudiera mandar hacer el juez de oficio á fin de dar curso á los pleitos con la brevedad que conviene, y está prevenida en las leyes y en los cánones, á no ser que no hayan considerado necesario este estímulo en las partes que litigan: porque como cada una de ellas puede pedir la publicacion de testigos sin diferencia entre el actor y el reo, no es de temer que se dilate el pleito en este artículo por malicia ni con daño de alguno de los interesados; pues está en su mano solicitar la publicacion, y no se puede detener haciéndolo despues del término de prueba por ninguna contradiccion ni rebeldía de las partes contrarias.

13 Y si ninguna de las partes solicitase la publicacion, es visto que proceden de un acuerdo y conformidad en dejar el pleito en aquel estado para continuarle ó abandonarle por

justas consideraciones, que las inclinen á este medio, sin que tenga entonces el juez facultad para obligarlas á que le continúen; pues en tal caso faltaba el motivo de la brevedad á beneficio de los interesados; y mas bien seria ponerlos en necesidad de sufrir mayores gastos fomentando las discordias, que las mismas partes habian terminado ó suspendido de conformidad.

14 Sin duda que se fundó en estas razones ó en otras superiores la ley 37. tit. 16. Part. 3., en la cual se dispone: Que recibidos los dichos de los testigos, y pasados los plazos de la prueba, «deve el Judgador llamar las partes, é señalarles dia á que vengan á oír lo que dixeron los testigos. E si por aventura alguna de las partes fuese rebelde, é non quisiese venir; por eso non deve el Judgador dexar de publicar los dichos de los testigos, si la otra parte que fué obediente lo demandare.»

15 En la primera parte de esta ley parece que se concede al judgador grande autoridad, y aun se le impone obligacion de dar curso al pleito llamando de oficio las partes, y señalando dia para oír lo que dijeron los testigos, que es sustancialmente publicarlos, excitando á las mismas partes sin esperar á que lo hiciesen en uso de su accion.

16 Pero en la última parte de la ley se dispone claramente que no pueda el juzgador publicar los dichos de los testigos si alguna de las partes no lo demandare.

17 La ley 11. tit. 17. Part. 3. dispone que siendo hecha la pesquisa en cualquiera de las maneras que se dijo en la ley 1. del propio tit. y Part. debe el rey ó los juzgadores dar traslado de ella á aquellos, á quien tocaré, de los nombres de los testigos, y de los dichos de ellos, para que se puedan defender de su derecho, diciendo contra las personas de la pesquisa en los dichos de ellos; y hayan todas las defensiones que habrian contra otros testigos.

18 Por lo literal de esta ley parece cierto que el rey ó el juez de la

pesquisa puede y debe manifestarla de oficio para los fines y defensas que se explican en ella, sin esperar á que se promueva y pida su publicacion por las partes; pero debe observarse que en las dos maneras de hacer pesquisas, de que habla la citada ley 1., siempre hay parte que estimula al juez á que continúe la causa. Tal es la fama pública y la sindicacion que resulta, y se halla justificada en bastante forma por la informacion de la pesquisa contra muchos ó contra alguno; que debiendo tenerse por reos, es necesario dar satisfaccion á la vindicta pública, que clama incesantemente al juez para que continúe la causa segun su estado y naturaleza; y es lo mismo que si dijera que pide publicacion de los testigos del sumario para que los reos á quienes toca puedan hacer sus defensas; concluyéndose por estos principios que en estas dos maneras de pesquisa siempre hay parte que pide la publicacion de los testigos y la comunicacion de sus nombres y de sus dichos á todos los que se interesan en hacer su defensa con el conocimiento que corresponde.

19 La tercera manera de pesquisa, de que habla la citada ley 1., es cuando las partes se avienen queriendo que el rey, ó aquel que el pleito ha de juzgar, mande hacer la pesquisa, y en ella tienen mas influjo las partes que el mismo juez; pues aviniéndose en que se libre el pleito por la pesquisa sin que sean mostrados los testigos ni los dichos de ellos, no debe el juez publicarlos; pero bien podrá librar el pleito por sus dichos, siguiendo la avenencia de las mismas partes, que es lo mismo que si estas dijesen que renuncian cualquiera defensa, que pudieran hacer, tachando las personas de los testigos ó sus dichos.

20 De aquí podria excitarse otra duda reducida á si en las causas civiles y ordinarias, de las cuales se trata principalmente en este capítulo, aunque no se haga publicacion de probanzas, porque las partes no la pidan, y el juzgador no pueda hacer-

las de oficio, segun se ha fundado, podrá sin embargo el juez proceder á dar sentencia, y que efectos producirá.

21 Cuando alguna de las partes pide publicacion de testigos, y el juez la niega en auto positivo y separado, ofende su derecho, y le hace notorio agravio privándole de aquella instruccion que le conceden las leyes, y con que podria mejorar sus alegaciones y defensas; y por este notable perjuicio que le irroga, es apelable dicho auto, aunque sea interlocutorio, como se deduce de la ley 3. tit. 18. lib. 4., y lo comprueba abiertamente Salg. de Reg. protection part. 2. cap. 1. n. 158.

22 Pero si no apelase del enunciado auto, se entiende que lo consiente la parte, porque la publicacion corresponde en la opinion mas probable al orden de la justicia, que puede renunciar y consentir, y no toca á lo sustancial del juicio, como lo explica el mismo Salgado con otros que refiere en el citado cap. 1. part. 2. n. 158.

23 En su consecuencia podrá el juez faltando la apelacion de las partes dar sentencia definitiva: porque el defecto de apelacion induce consentimiento y una especie de avenencia en ellas para que sin publicar los testigos pueda determinar la causa del mismo modo que se dispone en la ley 1. tit. 17. Part. 3.

24 Si en el mismo caso propuesto de que pida alguna de las partes publicacion omitiese el juez deferir á ella ó negarla, procediendo á dar sentencia definitiva, este procedimiento contiene el mismo agravio indicado, y es necesario que se repare por medio de la apelacion, porque en su defecto se entiende consentida la sentencia, y pasará en autoridad de cosa juzgada.

25 El tercer caso es cuando las partes pasado el término de la prueba no han pedido su publicacion, y el juez procede á dar su sentencia privando con ella á los litigantes de la facultad, que tenian de pedir en el tiempo que juzgasen oportuno la publicacion de testigos, y de alegar lo conveniente contra sus personas ó dichos; y como en este procedimiento

del juez se incluye una tácita denegacion de la publicacion que podian pedir las partes, es equivalente este caso al anterior, y pide el mismo remedio de la apelacion; por cuyo medio revoca el juez superior el auto en que se negó la publicacion, y la manda hacer devolviendo los autos para que en su vista usen las partes de su derecho, proponiendo tachas á los testigos ó á sus dichos, que son los fines á que se dirige su publicacion, y expresan las leyes citadas.

26 Si la apelacion se interpuso de la sentencia definitiva que dió el juez, omitiendo deferir á la publicacion pedida por alguna de las partes, ó por no haberla pedido, que son los dos casos propuestos, el juez superior declara nula la sentencia, y á mayor abundamiento la revoca como notoriamente injusta, y reponiendo la causa al estado que tenian los autos al tiempo en que estaba pedida, ó podia pedirse la publicacion, se devuelven para los mismos fines insinuados.

27 La ley 10. tit. 6. lib. 4. (Ley 3. tit. 15. lib. 11. de la Nov. Recop.) señala la forma de llegar á la publicacion, reducida á que alguna de las partes pida que se comunique traslado á la otra: que se acuse la rebeldía sino respondiere en el término que se le concede; y que con sola esta rebeldía se mande hacer la publicacion de los testigos.

28 La misma enunciada ley ofrece alguna márgen para dudar de esta fórmula sencilla observada generalmente en los tribunales; pues refiere y manda: «Que quando el Procurador diere peticion, que si ay probanza se haga publicacion, y si no se aya el pleyto por concluso; que dándose traslado de esta peticion, y acusándole otra Audiencia la rebeldía, no diciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso.»

29 Es menester observar en el contexto de la referida ley que si el procurador pidiere las dos cosas, esto es, que se haga publicacion si hay probanza, ó que se tenga el pleito por concluso si no la hay, se determina y

Tom. I.

reduce la declaracion á la segunda parte de que el pleito quede concluso; pero esto debe entenderse en el supuesto de que no hubiese probanza por ninguna de las partes; pues habiéndola se manda hacer publicacion, y no tiene lugar entonces la conclusion del pleito.

30 El fin principal de esta ley fué acordar los medios de cortar dilaciones, y abreviar los pleitos, como se manifiesta en su principio: «Porque los pleytos se abrevien, y cesen las dilaciones en ellos.» Para lograr este importante fin dispone que con sola una rebeldía se concluya: «Acusándole otra Audiencia la rebeldía, no diciendo nada la otra parte, se declare que el pleyto quede concluso.»

31 Ya estaba dispuesto en la ley anterior próxima que con dos escritos que presentase cada parte quedase el pleito concluso; y consiguiente á este intento se estableció en la ley siguiente otro medio de que se concluyese en los pleitos con una sola rebeldía. Á este intento aplicó la ley todo su cuidado, haciendo supuesto de que no se hubiese hecho prueba; pues la parte que pedia publicacion en caso de haber probanza, indicaba no haberla hecho por sí, y lo mismo se infiere con respecto á la otra que acusada la rebeldía nada dijo en el término en que debía hacerlo.

32 Mayor duda puede concebirse en otra disposicion que contiene la misma ley hacia el fin, á saber: Que «quando la una parte presentare su probanza, y la otra concluyere sin embargo de ella por peticion; en este caso queda el pleyto por concluso; y así se provea, y mande.»

33 En esta parte sigue la ley el mismo propósito de tener el pleito por concluso con una sola rebeldía, aunque las otras partes no concluyan; y supone que con haber presentado la una su probanza, y comunicándose á la otra, estaba hecha la efectiva publicacion; y que no teniendo que decir contra los testigos ni sus dichos, concluya sin embargo la probanza, dándose con esto fin al pleito, y evitando mas traslados y dilaciones.