

lacion por haberse introducido el recurso de nulidad con causa y razon probable ó por temeridad y malicia; y presentándose las ventajas que tuvieron las leyes en tan alta consideracion para buscar medios de evitar pleitos, y reducirlos al menor número posible, queda demostrado cuanto interesa la causa pública en que se use de la apelacion al mismo tiempo que de la nulidad.

71 Podrá decirse en oposicion de lo referido que usando al mismo tiempo de la nulidad y de la apelacion ante el juez superior del que dió la sentencia, pierde la parte el arbitrio y eleccion, que le concede la *ley 2. tit. 26. Part. 3.*, de proponer la nulidad ante aquel mismo juzgador que dió su juicio, y que en esta parte se hace ilusoria la disposicion de la misma ley.

72 Yo entiendo por lo que va expuesto que nada pierde la parte en no proponer la nulidad separada, que es el caso en que podria hacerlo ante el juez inferior, y que gana mucho en unirla con la apelacion, siguiendo el espíritu de las leyes posteriores que se han citado; y cuando necesitase de alguna declaracion, convendria se hiciese mandando que lo dispuesto en la *ley 4. tit. 17. lib. 4. (Ley 2. tit. 18. lib. 11. de la Nov. Recop.)* acerca de la nulidad que se propone contra las sentencias, que se dieran en el Consejo ó audiencias, se entendiese y extendiese á las de los demas jueces, reservándose tratar y determinar sobre la nulidad juntamente con el negocio principal, sin permitir que se cause, haga, ni forme juicio aparte para sentenciarla y determinarla sobre sí y apartadamente.

73 Y prescindiendo de si la ley de *Partida* se puede considerar derogada por la posterior de la *Recopilacion*, aun cuando se entendiese subsistente, tendria yo por irracional, fraudulento y malicioso el recurso de nulidad apartada por el solo hecho de introducirlo y proponerlo ante el juez que dió la sentencia; y estimaria sin otro conocimiento ni examen del proceso que no debia aprovecharle el término de la apelacion, que

segun la opinion de los autores citados queda suspenso.

74 De la nulidad que viene por incidencia de la apelacion, y de la que se propone como excepcion, se tratará mas oportunamente en los capítulos siguientes.

## CAPÍTULO II.

### De las apelaciones y sus efectos.

1 Hay otra manera de reparar la parte que se sintiere agraviada el daño, que hubiere recibido en la sentencia, cual es apelar de ella al superior del juez que la pronunció para que la reponga y mejore.

2 Cuán necesaria sea la apelacion, y cuán grande y general el bien que trae al mundo, á mas de que lo dicen las leyes, lo asegura y acredita la misma experiencia. Y en efecto con el uso de este remedio enmiendan los jueces superiores los agravios que los inferiores causan con sus sentencias por ignorancia ó malicia, ya sea juicio acabado, ó cualquier otro sobre cosa que acaezca en pleito: sirve este mismo remedio para suplir y enmendar las omisiones y defectos, que puedan haber tenido las mismas partes que litigan en alegar y probar los hechos de su justicia: igualmente aprovecha para preservarse de las injusticias y agravios que harian los jueces, si entendiesen que por otro no se podian descubrir ni corregir; y últimamente llena de satisfaccion á los interesados, viendo que por el juicio de muchos jueces se declara su justicia.

3 Las leyes nos presentan una idea clara y exacta de la apelacion: la *1. ff. de Appellat.* empieza así: *Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat: quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam corrigat:* la *1. tit. 23. Part. 3.* «E tiene pro el Alzada, quando es fecha derechamente, porque por ella se desatan los agraviamientos que los Jueces facen á las partes torciceramente, ó por non lo entender;» y la *1. tit. 18. lib. 4. de la Recop. ibi:* «Porque á las veces los Alcaldes y Jue-

ces agravian á las partes en los juicios que dan, mandamos que quando el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa que acaezca en pleito, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar:» San Bernardo: *lib. 3. de Consideration. ad Eugen. capit. 2. Fateor grande, et generale mundo bonum esse appellationes; idque tam necessarium, quam solem ipsum mortalibus. Re vera quidem sol justitiæ prodens, ac redarguens opera tenebrarum.*

4 De la omision de las partes que litigan, y del medio de suplirla alegando y probando ante el superior lo que no hicieron en el juicio anterior, disponen lo conveniente la *ley 6. §. 1. Cod. de Appellat.* ibi: *Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit omissum; apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur.* Lo mismo se dispone en la *ley 4. Cod. de Tempor. et reparationib. appellat.*; y con mayor claridad se explican en este punto todas las *leyes del tit. 9. lib. 4. de la Recop.* limitándose la *4. (Ley 6. tit. 10. lib. 11. de la Nov. Recop.)* que la prueba de testigos no se proponga, ni admita sobre los mismos artículos ó derechamente contrarios, sobre que en la instancia ó instancias pasadas fueron traídos ó recibidos testigos para evitar que los sobornen y corrompan y se hagan probanzas falsas; pero deja expedita la facultad de presentar escrituras sobre los mismos artículos, ó los que son contrarios derechamente: porque en los instrumentos no halló la ley el riesgo de la corrupcion y soborno.

5 Todas las leyes que tratan de las apelaciones las justifican con el agravio que precede, y las recomiendan con el concepto de pura y natural defensa que se dirige á enmendarlo. De esta proposicion, que sirve de regla general, nace otra no menos positiva y segura, reducida á que de juicio ó sentencia que no es dada no se puede apelar, porque de gravámen que no ha sucedido no hay querella ni apelacion. Esto es lo que literalmen-

Tom. I.

te dice la *ley 1. tit. 23 Part. 3. ibi:* «Alzada es querella que alguna de las partes face, de juicio que fuese dado contra ella:» la *2.:* «Alzarse puede de todo ome libre, de juicio que fuese dado contra él, si se tuviere por agraviado:» la *3.:* «Si dieren la sentencia contra él.» Confirman lo mismo las *leyes 4. 13. 14. 18. y 27. del propio tit. y Part.*, conviniendo todas en que ha de ser dado juicio y sentirse la parte agraviada para que tenga lugar y pueda recibirse la apelacion. Lo mismo dispone el *cap. 63. extra de Appellat.*

6 De este punto trataron con prolijo y detenido examen *Scacia de Appellat. q. 5. art. 2.* y *Salgad. de Reg. part. 2. cap. 2.*, quienes caminan por la misma regla de no hallar términos para proponer ni admitir apelacion de gravámen futuro, porque falta el fundamento que la motiva y anima; y no hay interes, y de consiguiente no hay accion para querellarse, ampliando esta disposicion á los dos casos siguientes: uno que aun precedida sentencia del juez, y agraviada por ella la parte, aunque haya usado de la apelacion, y le fuese recibida, si el mismo juez reformase su sentencia, como puede hacerlo siendo interlocutoria, caduca y se desvanece la apelacion, porque cesó en aquel momento la causa, y cayó en el caso del que no podia tomar principio, como se dispone por regla general en el *cap. 60. ext. de Appellat.*

7 El segundo caso á que se extienden las enunciadas disposiciones, se verifica cuando interpuesta la apelacion del gravámen futuro, sucede éste por la providencia posterior del juez: porque siendo la apelacion anterior de ningun valor ni efecto, no puede extenderse al gravámen que sobrevino, ni se pueden unir los dos tiempos por no concurrir aptitud en el primero. Estas son las razones que con otras equivalentes exponen con otros muchos los autores citados en comprobacion de este dictámen, que viene á ser general.

8 Yo añadiría en mayor demostracion que la apelacion que se inter-

pone, cuando no hay sentencia ni agravio, si tuviere efecto suspensivo adormeciendo la jurisdiccion del juez que conoce de la causa, no podia proceder en ella ni causar agravio; y si se atribuye á la apelacion anterior, solo el efecto devolutivo llevaria al superior la causa y gravámen de que se habia apelado por el principio, *Tantum devolutum, quantum appellatum*; viniendo á ser en los dos extremos perpleja la apelacion, é imposible acomodarse al caso que se propone.

9 Podria tambien suceder que el gravámen futuro de que se apela no se verificase, porque el juez proveyese á favor de la parte que apeló, y entonces quedaria ilusoria la apelacion, y cuanto en su virtud se hubiese ejecutado; y no permiten las leyes que los actos judiciales se expongan á ser burlados y sin efecto, y que se conviertan en vergüenza de los jueces y en daño de la causa pública, como observó oportunamente con sólidos fundamentos Molin. *de Primogen. lib. 3. cap. 14. n. 10.*, demostrando que no debe empezarse juicio sobre derecho futuro, que por alguna causa pueda variarse, dejándole ilusorio: *ley 26. tit. 4. Part. 3. ibi*: «É así el trabajo que oviesen pasado, en oyéndolas, tornarseles y á en escarnio, é en vergüenza:» *leg. Litigatores 11. §. ultim. ff. de Recept. arbit. ibi*: *Arbitrum non prius cogendum sententiam dicere, quam conditio extiterit, ne sit inefficax, deficiente conditione.*

10 Procede esta doctrina aun cuando pendiente el juicio sobre el derecho futuro se hiciese actual y presente el mismo derecho que se litigaba, pues no podria sin embargo continuarse la instancia contradiciéndolo la otra parte; y seria necesario empezarla de nuevo, como lo funda igualmente por los mismos principios Molin. en el lugar citado *n. 20.*, viniendo por este medio á confirmarse las dos enunciadas proposiciones: primera que no puede haber apelacion ni otro acto judicial de gravámen futuro: segunda que sobreviniendo y haciéndose presente no prevalece, ni puede continuarse la intempestiva anterior apelacion. Resta

pues examinar si el apelante debe expresar el agravio y probarlo para que le sea recibida la apelacion ó si bastará que se sienta y tenga por agraviado.

11 Esta segunda parte parece la mas probable si se ha de estar á lo que explican las palabras de las leyes en su propia y natural inteligencia, de la cual no es licito separarse á no manifestarse claramente por otro medio la voluntad del legislador, como se ordena en la *ley 5. tit. 33. Part. 7.*, y en la *69. ff. de Legat. 3.*

12 La *ley 2. tit. 23. Part. 3.* dice en su principio lo siguiente: «Alzarse puede todo ome libre, de juicio que fuese dado contra él, si se tuviere por agraviado:» la *13. ibi*: «Agráviense los omes á las vegadas de los juicios que son dados contra ellos, porque se han despues de alzar:» E decimos, que de todo juicio afinado se puede alzar qualquier que se tuviere por agraviado dél:» *ley 14.* «Teniéndose por agraviada alguna de las partes, del juicio que diesen contra ella, non tan solamente se puede alzar de todo, mas aun de alguna partida dél, si se quisiere:» *ley 18.* «Agraviándose alguno del juicio que le diese su Judgador, puedese alzar dél, á otro que sea Mayoral:» *ley 22.* «Si se sintieren por agraviados:» Sintióndome por agraviado de la sentencia.»

13 Lo mismo se dispone en la *ley 1. tit. 18. lib. 4.* (Ley 1. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Porque á las veces los Alcaldes, y Jueces agravian á las partes en los juicios, que dan, mandamos que quando el Alcalde, ó Juez diere sentencia, si quier sea juicio acabado, si quier otro sobre cosa, que acaezca en pleyto, aquel que se tuviere por agraviado, pueda apelar hasta cinco dias, desde el dia que fuere dada la sentencia, ó rescibió el agravio, y viniere á su noticia.»

14 La *ley 3. del prop. tit. y lib.* (Ley 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Rec.) distribuye y señala los casos en que se puede apelar de las sentencias interlocutorias, y con respecto á ellas concluye así: «En qualquier destes casos,

otorgamos á la parte, que se sintiere agraviada, que se pueda alzar; y el Judgador que sea tenuto de otorgar laalzada.»

15 Sucede muchas veces que la sentencia difinitiva es justísima considerado el estado de la causa, porque la dió el juez arreglada á los hechos probados en el proceso; y que al mismo tiempo es gravosa á la parte, que por su omision ó por otras causas no probó la verdad en aquella instancia, y espera hacerlo en otra, siendo habilitada con el auxilio de la apelacion, que es uno de sus efectos señalados en las leyes, especialmente en la *4. tit. 9. lib. 9. de la Recop.* y en la *27. tit. 23. Part. 3. ibi*: «E si por aventura, alguna de las partes dixere, que falló agora de nuevo cartas ó testigos, que le ayudan mucho en su pleyto, que non pudo mostrar antel otro Judgador, devegelo recibir.»

16 Esta disposicion está indicada en la *ley 6. §. 1. Cod. de Appellat.* y en la *4. Cod. de Temp. et repar. appellat.*, y de este caso hace mérito Scacia *de Appellat. q. 3. art. 1. n. 1. vers. Fuit etiam introducta*, y en la *q. 5. art. 1. n. 3.*, probando las dos enunciadas proposiciones: una que el gravámen, aunque no proceda del juez y si del abandono de la parte, justifica la apelacion; y otra que no es necesario motivar, ni expresar, y menos probar el agravio específico para que tenga lugar, y sea recibida la apelacion.

17 Si de la causa y sentencia difinitiva constase por notoriedad que ni el juez ha causado agravio á la parte, ni esta puede mejorar su derecho en otra instancia, le faltará el supuesto en que ha de motivar y justificar la apelacion, y se deberá despreciar la que interponga como frívola y calumniosa; pues no pudiendo aprovecharle, se convertiria en daño de la causa pública, dilatando los pleitos, y causando otros perjuicios á las partes que litigan.

18 Como no es fácil reunir los casos en que tenga lugar el juicio cierto y seguro de que las apelaciones sean frívolas y maliciosas, conviene re-

Tom. I.

currir á los que en esta clase refieren los autores en sus difusos tratados, señaladamente Salg. *de Reg.*, Lanceloto *de Attentat.*, y Scacia *de Appellat.*

19 Las reglas establecidas acerca de las apelaciones que se interponen de las sentencias difinitivas, de las que se trata principalmente en este capítulo, no tienen lugar en los autos interlocutorios, antes bien se dispone en ellos otra regla contraria reducida á que no reciben apelacion, como se prueba por la *ley 3. tit. 18. lib. 4. ibi*: (Ley 23. tit. 20. lib. 11. de la Nov. Recop.): «Establecemos que de las sentencias interlocutorias no aya alzada, y que los Judgadores no la otorguen, ni la den:» *ley 1. tit. 19. del propio libro.* (Ley 1. tit. 21. lib. 11. de la Nov. Recop.) «Ordenamos, y mandamos que, si de las sentencias interlocutorias, y otros autos, que segun derecho, y Leyes, y Ordenanzas del Consejo, y Audiencias se puede suplicar, fuere suplicado, que la parte, que quisiere suplicar sea tenuta de suplicar, y exprimir los agravios por escrito dentro de tercero dia.»

20 Debe observarse en esta ley que su disposicion es limitada á permitir la suplicacion de aquellos autos interlocutorios, de que segun derecho, leyes y ordenanzas del Consejo y audiencias se puede suplicar, dejando firme el supuesto de la regla que en lo general la prohibe.

21 La *ley 37. tit. 5. lib. 2.* (Ley 3. tit. 2. lib. 2. de la Nov. Recop.) refiere que se traian á las audiencias por via de fuerza muchos procesos eclesiásticos, porque no otorgaban las apelaciones de autos interlocutorios; y considerando el grande agravio que de esto recibian las partes, y que se impedia la vista de otros muchos negocios, manda que en adelante no se libren cartas para traer por via de fuerza procesos algunos eclesiásticos de autos interlocutorios.

22 La *ley 12. tit. 23. Part. 3.* establece: «Que de todo juicio afinado se puede alzar qualquier que se tuviere por agraviado dél. Mas de otro mandamiento, ó juicio que ficiese el Judgador, andando por el pleyto, anté

16 \*