

Corte, es proponer el recusante tres al juez, á fin de que de ellos elija el que quiera, y él mismo elige á veces uno, y á veces otro no propuesto, á su arbitrio. Si elige de los propuestos por el recusante, suele el contrario recusarle, ó á todos, excepto al que nombre, y pretender que nombre de oficio otro *por vaga* (que quiere decir por discordia de los litigantes, ó por recusacion general), á lo que defiere. Si recusa á todos los del pueblo, excepto á los que propone, no se le admite ni debe admitir la recusacion por ser maliciosa, y así elige el juez uno de los recusados y no propuestos.

43. Pero dudan algunos: si nombrando el juez otro escribano de los no propuestos en cualquiera de los casos referidos, ó de oficio *por vaga*, podrá ser ó no recusado? Mi opinion en este punto es que nombrando de los no propuestos puede ser recusado sin causa, como tambien el que elige el juez á su arbitrio, cuando la parte que recusa al primero que entiende en el negocio dice que le nombre; y las razones son: 1.^a porque si puede recusar al juez mucho mejor al escribano que elija, pues en cuanto á los Reales no hay la costumbre inconcusa de que se le pida darle acompañado, como se practica para con los originarios, ni para ello interviene el mismo motivo; 2.^a porque no hay ley que lo prohiba, y lo que no está prohibido se entiende permitido. Pero el nombrado de oficio *por vaga* no puede ser recusado sin causa probada, y antes bien debe estimarse maliciosa la recusacion, porque el juez usa en este caso de su autoridad y oficio de mediador, que no pueden quitarle ni limitarles los litigantes, ni impedirle su uso ínterin no cesen en el pleito, y porque de lo contrario se eternizarian las causas, y se ocasionarian graves é irreparables perjuicios á los que litigan de buena fe.

44. La parte que recusa al escribano originario, debe pagar enteramente sus derechos al acompañado, porque los devenga á instancia suya, y á ello le puede apremiar el juez por embargo y venta de bienes, sea antes ó despues de visto y sentenciado el pleito (1), al modo que cuando se recusa á los relatores lo manda la ley (2); pues aunque acerca de esto ninguna trata, milita la misma razon, y así se practica.

45. Para evitar los perjuicios que se causaban á algunos litigantes de suspender los jueces el curso de los pleitos cuando su

1 Acved. en la ley 1. num. 19 al 23. tit. 16. lib. 4. Rec., que hoy es la 1. tit. 2. lib. 11. Nov. Rec. Cur. Filip. part. 1.
§. 7. num. 33.
2 Ley 6. tit. 20. lib. 4. Nov. Rec.

Magestad ó algunos de los tribunales superiores por queja de los contrarios les pedian informe, sin embargo de que por esto no debian suspenderlo, porque lo prohiben las leyes (1); se expidió á consulta del Consejo Real cédula en el sitio del Pardo á 11 de enero de 1770, que dice: *que los tribunales y justicias del reino, así ordinarias como comisionadas ó limitadas á ciertas causas ó personas, precedan con arreglo á las expresadas leyes en la administracion de justicia á determinar las causas con la brevedad mas posible, sin permitir dilaciones maliciosas ó voluntarias de las partes, ni suspender su curso, aunque por los tribunales y jueces superiores se les pida informe en su asunto. Que no se expidan cartas ni provisiones, ni se admitan apelaciones ó recursos que no sean conformes á derecho. Que si algunas se despachasen en contrario se obedezcan y no se cumplan. Que cuando se pida de mi Real orden algunos informes sobre pleitos pendientes, se dé pronto cumplimiento; pero entendiéndose siempre sin retardacion ni suspension de su curso, á menos que en algun caso particular tenga á bien mandar expresamente que se suspenda: encargando, como encargo á todos los tribunales y jueces estrechamente la observancia de las leyes, la mas pronta expedicion de las causas, y la rectitud y libertad con que deben administrar justicia, como principal objeto á que se dirigen mis justificadas intenciones, y así se observa en la Corte.*

36. Con arreglo á esta real resolucion se debe proceder tambien cuando alguno que está ejecutado, acude al Consejo pidiendo moratoria, y que se manden suspender las diligencias ejecutivas, y este da traslado llano al acreedor ó acreedores, sin mandar al juez *que suspenda, ó no innove, ó no le moleste* por cierto término que señala, pues por este hecho es visto quiere que el juez prosiga las diligencias contra el deudor, y que el traslado sea y se entienda sin perjuicio del estado y naturaleza de la causa y su prosecucion, como lo he visto declarado por el Consejo y practicado repetidas veces, y debe hacerse por los jueces y escribanos, aunque se les muestre certificacion del recurso pendiente, y no sobreseer en las diligencias mientras no se les mande expresamente; lo que no procede cuando la moratoria se obtiene antes de empezarse la ejecucion, y el Consejo confiere traslado, mandando pasar la pretension, á Sala de justicia para que allí se examine si se ha de deferir ó no á ella;

1 Ley 11. tit. 4. lib. 3. Nov. Rec. y otras del tit. 14. lib. 4. Rec.

pues en este caso hasta que se declare no haber lugar á su concesion, nada se debe practicar mediante á que el superior tomó conocimiento del negocio antes que el juez del ejecutado.

47. Las excepciones concernientes á la persona del actor son las de *legitimacion*, no solo para pedir sino para comparecer en juicio; como si el menor comparece sin intervencion de su curador, el tutor en nombre del pupilo, sin acreditar su encargo, el procurador sin poder, ó con él, pero diminuto, oscuro y sin facultad especifica cuando el negocio le requiere; el sustituto suyo careciendo de facultad para nombrarle; el excomulgado vitando; el hijo de familias y todos los que no manifiestan la que les asiste, ó carecen de ella, ó tienen prohibicion legal de comparecer en juicio: pues ya sea en el civil ó criminal, ordinario ó ejecutivo, extraordinario, plenario ó sumario, y la causa tal que se trate de pleno sin estrépito ni figura de juicio, debe legitimar el actor su persona (1).

48. Pero se duda si debe legitimar al principio del pleito antes que el reo conteste, ó basta hacerlo en el término de prueba, ó antes de la sentencia. Carleval que propone esta dificultad (2), conciliando los muchos autores que cita, distingue dos casos: el primero cuando el actor comparece por sí mismo en su propio nombre, v. gr. el heredero y donatario, los cuales no necesitan acreditar que lo son antes de la contestacion, y basta producir los documentos de tales antes de la sentencia; porque estos mas sirven para justificar lo que piden, que para legitimar sus personas, pues miran á los méritos del proceso para obtener en juicio: y esto se amplía al cesionario cuando litiga como tal en su propio nombre, ejerciendo las acciones útiles que el cedente le transfirió por la cesion; pero no cuando comparece en nombre y como mandatario de este, ejerciendo las directas que como dueño le competen. Mas esto tiene tres limitaciones, á saber: 1.^a cuando el actor hace mencion en la demanda (como debe) de la cesion, donacion, testamento &c., pues entonces ha de manifestarlo antes de la litiscontestacion, pidiéndolo el reo, para que este delibere en su vista si ha de continuar en el pleito ó separarse; á menos que jure no poder exhibirlo por no existir en su poder; 2.^a en las causas ejecutivas, en las cuales debe producir ante todas cosas el instrumento que trae aparejada la eleccion; 3.^a si por la ley se requiere alguna cualidad para que sea admitido al juicio; pues en

1 Ley 9 y 24. Cod. de procurator. 2. De judic. tit. 2. disp. 4.

este caso debe acreditar que la tiene, y es que la misma que la ley exige, á menos que el reo no la excepcione, en cuyo caso bien se puede seguir el juicio sin este requisito.

49. El segundo caso es cuando el actor demanda en nombre y como procurador de otro: entonces, aunque sea cesionario, debe manifestar sus facultades en el juicio antes de la contestacion, y de no haberlo le obstará la excepcion *tua non interest* (esto es, no te importa ó no es de tu interes), y podrá el juez repelerle de oficio por carecer de accion, siendo injusto permitir que no sea molestado en juicio por quien no tiene interes, con solo el aparente pretexto de que lo hace por otro á mas de que seria burlarse del juez, y por eso nuestro derecho (1) manda que no se defiera á la pretension del actor que comparece en juicio como personero de otro, mientras no acredite con el poder tener facultades para ella, é impone pena á los escribanos y relatores del consejo y audiencias; á aquellos si pasan á estos los autos antes que los poderes esten firmados por bastantes por los abogados de las partes; y á estos si hacen relacion del pleito sin que preceda esta circunstancia; en cuya observancia los jueces instruidos proveen este auto: *Esta parte legitime ante todas cosas su persona, y hecho se traiga*. Y si se oponden en nombre del reo sin su poder, dicen: *Presentando esta parte poder competente, se le entreguen los autos que pide por el término ordinario*.

50. Se estiman y admiten tambien por excepciones dilatorias concernientes á la persona, y se han de decidir previamente, las fianzas ó seguridades que se piden y deben dar en juicio, y son las de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado: la de no ofender, que es cuando alguno se queja de que otro le amenaza; pues puede implorar el oficio del juez, y justificando á un tiempo no solo la amenaza sino que el que la hizo suele poner en ejecucion las que hace (pues no basta la justificacion de una cosa sola), debe el juez compeler á este á que afiance y asegure que no hará daño al quereloso, sus bienes ni familia, por sí ni por medio de otro; la de *rato ó aprobacion*, que debe dar el que comparece á nombre de otro sin su poder, ó sin el bastante ó como conjunto en los casos que el derecho prescribe, de que su parte habrá por firme y no reclamará lo que se practique en el pleito, la que el actor debe dar al principio del juicio, de pagar al reo las costas y daños que con

1 Leyes 2 y 3. tit. 3. lib. 11. Nov. Rec.

motivo del pleito se le irroguen, en caso de que por no probar su intencion sea condenado, y este absuelto; la de *indemnidad* ó cuando el reo preso en carcel estrecha pretende se le alivie y traslade á la otra mejor, ó que por carcel se le den villa y arrabales, y da fianza ó caucion ó seguridad de subsistir en ella, y no quebrantarla hasta que el juez se lo permita; la *convencional* en los contratos, que igualmente puede darse fuera de juicio si lo pactan los contrayentes; la de *mudanza de condicion*, v. gr. cuando el deudor que está obligado á pagar cierta suma á plazo determinado, va empobreciendo, pues para evitar que se le moleste, da fianza de que al tiempo estipulado la satisfará; la que el Soberano ó su consejo mandan dar al deudor que pretende espera ó moratoria para que durante esta no le persigan sus acreedores, sin la cual no vale ni le aprovecha, y segun la ley 1. tit. 33. lib. 14. Nov. Rec., no debe concederla el Consejo sin dar traslado á aquellos, ver su respuesta, y que luego dé á su satisfaccion fianza de pagar cumplido el tiempo de la concesion; la que los jurisconsultos llaman *Muciana*, cuando el testador legó cierta cosa ó cantidad á dia fijo, ó con condicion, y su heredero afianza de que verificada esta, ó cumplido aquel, entregará al legatario su legado, la de *damno infecto* (daño no hecho), que es para asegurar y resarcir el daño que no ha sucedido, pero que puede suceder; la de *usufructo*; la que se da en las denuncias de obra nueva; la que debe dar el heredero extraño de restituir el exceso al importe de la cuarta *falcidia*; las de las leyes de Toledo y Madrid, y otras de que hacen mencion varias leyes del derecho civil y Real; todas las cuales son relativas á la persona del litigante, y en ellas se ha de obligar primero el principal, y en su defecto el fiador, y de lo contrario no valdrán, porque como obligaciones accesorias y subsidiarias no pueden subsistir sin las principales, ni verificarse ó surtir su efecto sino á falta de estas, por ser fianzas puras y simples.

51. Las excepciones concernientes á la causa son la *litispendencia* sobre el mismo asunto ante diversos jueces, ó ante uno y distintos escribanos; la *subrepcion* del rescripto, esto es, el haberse obtenido con relacion siniestra; la de *estar el libelo inepto ú oscuro*; la de *pacto temporal de no pedir*; la de *carecer el actor de accion para litigar, pedir antes que espire el plazo ó se cumpla la condicion*, y otras semejantes (1), las cuales debe poner el reo antes de la contestacion, á menos que hayan sobrevenido despues por algun acto del demandante, en

1 Ley 9. tit. 3. Part. 3.

que el reo no haya intervenido, ó que la misma excepcion anule el proceso, pues en estos dos casos, en cualquiera parte del juicio que las advierta, las pueda oponer, y de no hacerlo es visto que las renuncia.

52. En estas excepciones no tiene lugar la *acumulacion* que produce la *litispendencia*, pues no solo se puede pretender en cualquiera parte del juicio, aun fuera de los dos casos expresados, sino que admite restitucion *in integrum*; y la razon es, para que la persona privilegiada no experimente vejacion en diferentes tribunales sobre una misma cosa (1). Otras excepciones dilatorias hay que se pueden oponer despues de la contestacion, de las cuales tratan Felin. in cap. *Exception* col. 9. vers. *Fal-lit*, de *except.* y Alex. in leg. *Ita demum*, Cod. de *procurator*.

53. En la acumulacion de autos y procesos por causa de la *litispendencia*, se interesan principalmente los litigantes, para que no se divida la continencia de la causa, ni se les irroguen detrimento, ni haya sobre un mismo asunto dos sentencias tal vez contrarias, de manera que la dada en un juicio pueda servir de excepcion en el otro, ó que los jueces y escribanos consientan se traten accesoriamente por su privativa utilidad pecuniaria y regalia de jurisdiccion.

54. Para que haya *litispendencia* es menester que el juez que principió á conocer del negocio sea competente, y que el reo sea citado ó instruido plenamente de la demanda en tiempo y forma; ó que si no lo fuere tenga él la culpa, por no dejarse citar, ó usar de medios que impidan llegue á su noticia, pues no le deben aprovechar su dolo y malicia, ni por su contumacia constituirse de mejor condicion que el obediente (2); y es de advertir que pendiente el pleito no se puede enagenar la cosa litigiosa, y si se enagena es nula su enagenacion, excepto que sea por razon de dote ó donacion por casamiento ó de transaccion, ó de division de las cosas hereditarias, ó por legado ó fideicomiso, ó en los juicios universales, en que el juez permite, porque así lo exige la necesidad, enagenar alguna para el funeral del deudor, paga de ciertos débitos suyos y alimentos de su familia (3). Fuera de estos casos se ha de revocar y volver la cosa enagenada á su antiguo estado, y si no puede ser, subrogarse otra en su lugar;

1 Carlev. tit. 2. disp. 2. num. 5 al 12.
Molin. de primogen. lib. 3. cap. 13. num. 61.
Gutierr. lib. 1. Pract. quæst. 52. num. 4.

Immol.

3 Leyes 13 y 14. tit. 7. Part. 3. y ley fin. Cod. de rebus litig.

2 Clementin. 2. *Ut lite pendente etc.* ibi

y así el rescripto ó privilegio que durante el pleito se obtiene sin mencionarlo, no perjudica á la parte contraria por ser subrepticio; bien que por la litispendencia no se priva al reo de la posesion de la cosa, percepcion de sus frutos y uso de su comodidad; antes por el contrario subsiste todo del mismo modo sin innovacion, porque de privarle se le irrogaba injustamente grave daño quitándoselo sin ser vencido, y la presuncion está por él de ser verdadero dueño y poseedor.

55. Supuesto lo referido debo sentar que la acumulacion de autos y procesos se ha de hacer por cualquiera de las tres causas siguientes. La primera *siempre que la cosa juzgada produce excepcion de tal sobre lo que se litiga*, pues de ventilarse ante dos jueces, y en diferentes procesos se determinaria en distintos tiempos, y la sentencia dada por uno obstaría y podría oponerse como excepcion ante el otro. La segunda por *litispendencia*, que es por razon de pleito pendiente sobre el dominio ó cuasidominio de la cosa litigiosa (pues no basta que sea sobre gravamen que tenga ó sobre posesion de ella), y así no debe continuar el juez segundo, estando principiada la causa ante el que previno el conocimiento. Lo mismo procede cuando el deudor forma concurso voluntario ante cualquier juez suyo, pues puede pedir y hacer que se unan y acumulen todas las causas que contra él penden ante otros, ya se hayan movido antes ó despues de formado, entablando esta pretension ante el del concurso en cualquier estado del pleito; y tambien lo pueden pretender los acreedores que han ocurrido á él, ó el defensor nombrado, aunque esté pasado el término prescrito para oponer las excepciones dilatorias (1), porque como juicio universal avoca y atrae á sí á todos los particulares, segun en él diré. La tercera causa por que debe hacerse la acumulacion es para que no se divida la *continencia* de la causa, lo cual puede suceder en seis casos. 1.º Cuando concurren las tres identidades, de *persona* (aunque esté representada por otro) *juicio* y *causa*; quiero decir, cuando es una la accion, y son unos los litigantes, y una misma la cosa que pretenden. 2.º Cuando la accion es diversa; pero la cosa y litigantes son los mismos. 3.º Cuando la cosa es distinta; pero la accion y los litigantes son los mismos. 4.º Cuando la identidad de la accion proviene de una causa contra muchas, aunque la persona y cosas sean diferentes; v. gr. la accion de tutela, por la cual se procede contra muchos tutores; ó cuando los acreedo-

1 Salg. part. 1. *Labyr.* cap. 4. §. 3.

res litigan contra su deudor, ya sea por una cantidad y obligacion á favor de todos, ó por la cosa en que son partícipes, ó cada uno por su crédito particular y privativo. 5.º Cuando la accion y la cosa son las mismas, pero las personas distintas, como sucede en los juicios que llaman *duplicados* ó *mixtos* por ser actores y reos todos los litigantes; y son el de deslinde y amojonamiento de tierras y términos, aunque en ellas haya edificios ó árboles; el de division de herencia; el de particion de la cosa que pertenece á muchos; el de *tenuta*, y otros semejantes que no pueden dividirse cómodamente sin dispendio y vejacion de las partes, y así se han de tratar ante un juez, para que viendo á un tiempo el derecho de todos, pueda dar á cada uno el que le toca. 6.º Cuando los juicios son y se reputan como un género y especie, pues no deben dividirse (1).

56. Se exceptúan sin embargo siete casos, en los cuales no se deberá hacer la acumulacion de autos ó procesos, aunque la continencia de la causa se divida. 1.º Cuando la parte no lo pide, ni opone esta excepcion; pues el juez, como que no es interesado ni por consiguiente le incumbe, no debe hacerla de oficio. 2.º Cuando actor y reo son absolutamente de diverso fuero, v. gr. uno del eclesiástico y otro del secular. 3.º Cuando el reo demandado ante el primer juez es contumaz, pues por su contumancia pierde la excepcion y beneficio que le competia, á no ser que previamente satisfaga las costas, y siga luego ante él su justicia, que entonces le recuperará con este acto. 4.º Cuando el juez no tiene jurisdiccion plena para conocer de todo pleito, ó intervienen otras causas justas para la division de su conocimiento; v. gr. si dos reos, uno clérigo y otro lego son cómplices de un delito, ó el negocio toca á entrambos, pues debe tratarse ante el juez de cada uno, por carecer de jurisdiccion sobre los dos, como vi decidido en el Consejo en pleito que seguí (*). 5.º En las ejecuciones, pues el ejecutante puede acudir ante distintos jueces pa-

1 *Carlev. de judic.* tit. 2. y disp. 1. cit. num. 3, 4 y 11. Salg. *Labyr.* part. 1. cap. 4. §§. 1, 2 y 3.

* Sin embargo, siendo cómplices de un delito dos personas de distinto fuero, sería muy conveniente que no se dividiese la continencia de la causa, porque realmente no debe ser mas que una, siendo una la sumaria, y unas las pruebas ó los medios de probar. En este caso sería muy oportuno para facilitar la brevedad de la causa, que ambos jueces hallándose en un pueblo, formasen un solo tribunal, en don-

de se viese y sentenciase excusándose competencias, siempre muy perjudiciales para la recta administracion de justicia. Si estuviesen separados, debería seguirla el que primero hubiese conocido en ella, dando despues al otro noticia de la sentencia para que le constase, ó para que la pusiese en ejecucion con respecto al reo de su fuero. Esta debe entenderse en cuanto á los delitos en que no se incurre en desafuero, pues de los otros debe conocer indispensablemente la justicia ordinaria. *Febrero adicionado.*