

ra la mas pronta exaccion de su débito, porque los remedios que se dirigen á un fin son compatibles, y la eleccion de uno no quita ni excluye al otro (*). 6.º Cuando los procesos estan en diversas instancias, v. gr. uno en primera y otro en segunda ó tercera. 7.º Por razon del juramento del contrario, pues por él adquiere jurisdiccion el juez eclesiástico; pero no por eso debe decirse que se añade fuero á fuero, sino que el actor tiene dos para reconvenir al reo, y que puede elegir el que quiera, mas no seguir por ambos á un tiempo sobre la misma cosa.

57. Pidiéndose acumulacion de autos civiles ó criminales, pendientes ante escribanos de diverso fuero contra un reo por varios acreedores ó agraviados, ha de hacerse al del juez que debe conocer de la causa, el cual es el primero que empezó, aunque no sea tan condecorado, y si los escribanos son de un mismo fuero, al que principió á entender en ella, ya fuese á pedimento de parte ó de oficio. Lo propio se ha de observar en la ejecucion de cosa juzgada, ó eviccion, cuando ante el escribano se trató el pleito principal, y ambos son de un propio fuero. Con el auto en que se manda al escribano que vaya á hacer relacion y con el de señalamiento de dia para hacerla, se ha de citar á las partes, á quienes se ha de notificar el que se provea, declarando haber ó no lugar á la acumulacion, para que las conste y usen de su derecho, debiendo extenderle el que llamó al otro con quien se ha de concluir este artículo, como que por ante él, y no por ante el requerido, se principió.

58. Si los autos penden ante dos jueces, uno mas digno por su graduacion que el otro, v. gr. el uno togado y el otro no, ó si ambos lo son, pero consejero el uno, y el otro alcalde ú oidor de audiencia ó chancillería; ó si el uno solo tiene los honores de toga y el otro destino en tribunal donde todos son togados &c. se ha de pretender ante el mas digno que el escribano del otro juzgado vaya á hacer relacion citadas las partes, y que los autos de este se acumulen á los del otro, ó al contrario, segun por derecho deba hacerse, porque lo mas digno atrae á sí lo menos dig-

* Sin embargo de que por la opinion unánime de todos los intérpretes ha pasado á ser como un axioma el que la litispendencia no se admite en los juicios ejecutivos, y que puede el ejecutante recurrir á diversos jueces para la mas pronta ejecucion de su credito; dudo mucho que en el dia sigan los jueces sensatos esta doctrina, que no se apoya en ninguna ley nuestra ni en ninguna razon sólida. Febrero re-

formado.

Seria una accion poco conforme á los principios de humanidad, y contraria á la justicia misma, el que por una misma deuda se viese un hombre vejado por diferentes tribunales... Si tuviese lugar esta doctrina se complicarian las diligencias, se comprometeria la autoridad de los jueces, y el reo no podría acudir á un tiempo á defenderse en todas partes. Febrero adicionado.

no, y el escribano del juez mas graduado sigue en esta parte su distincion, por lo que no debe sujetarse á ir ante el otro á dar cuenta de los sayos. Pero si el juez de menor graduacion es comisionado por el Rey ó por tribunal superior para el conocimiento de ellos, debe ir ante él si se lo manda, porque no procede como ordinario sino representando al superior que le dió la comision, en la que es mas que el juez particular graduado; así lo he visto practicar siempre en la Corte, y es conforme á razon.

59. Declarando haber lugar á la acumulacion, debe el escribano á quien le quitan los autos, entregarlos íntegros y originales al otro, sin llevar mas derechos que los causados hasta el estado en que se hallan, incluso los de hacer relacion; pero cuando no há lugar á ella, y se manda que las partes sigan su justicia en donde y como las convenga, no está obligado á su entrega ni union, aunque todos pasen ante él, pues entonces si para unos aprovecha á la parte algo de los otros, puede pedir de ellos los testimonios que necesite (1), y que á este efecto el juez que conoce de la causa principal, libre los compulsorios necesarios, citando con ellos á la parte contraria, para que si quisiere se halle presente ó verlos corregir y concertar. Asimismo en el auto en que se declare haber ó no lugar á la acumulacion se ha de expresar haber hecho relacion cada escribano de los que pendian en su oficio; y si unos y otros penden ante un escribano, no es necesario compulsorio para sacar los testimonios referidos, pues en virtud y á continuacion del auto en que se manda dar, se pueden poner: así lo he visto practicar siempre sin disputa. Por último mientras está pendiente la acumulacion, y hasta que se consienta ó ejecutorie, nada se debe hacer en el negocio principal, porque como artículo dilatorio hace suspender el progreso de los autos hasta que se declare.

60. Excepciones meramente *perentorias* se llaman las que extinguen el derecho del actor, v. gr. las de *no haber entregado el dinero: la prescripcion: solucion: juramento de no pedir la deuda en juicio: pacto perpetuo de no pedir: simulacion de contrato: dolo de que usó el actor para conseguir que el reo se obligase: miedo grave que le impulsó á constituir la obligacion*, y otras semejantes.

61. Se titulan *mixtas á anómalas* las excepciones que participan de la naturaleza de dilatorias y perentorias, v. gr. *la cosa*

1 Ley 18. tit. 15 lib. 7. Nov Rec. vers. se. Cur. Filip. part. 1. §. 8. verb. Juicio Item de cualquiera proceso que se remite - num. 11.

juzgada: transaccion: pleito acabado: paga, finiquito, prescripcion, y todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no competirle ó no tenerla ya aunque la hubiese tenido (*).

62. Las excepciones llamadas *perjudiciales*, se comprenden entre las dilatorias, y son de dos clases unas *absolutamente* y de suyo *perjudiciales*, y otras que lo son respectivamente. Las primeras se proponen sobre causa muy grave y de gran perjuicio, v. gr. sobre el estado de libertad, servidumbre é ingenuidad de alguno; si es ó no hijo de quien se dice; si el parto es ó no verdadero; y otras semejantes: las cuales son *perjudiciales* de suyo por el perjuicio de la persona. Tambien se llaman *perjudiciales* cuando el hijo dice que no está bajo de la patria potestad, y por lo mismo niega la obediencia á su padre, ó el vasallo á su señor, ó el monge á su abad; y estos por la accion *perjudicial* deben ser compelidos á obedecer á sus respectivos superiores.

63. Son *perjudiciales* respectivamente las que se proponen como acciones privilegiadas contra otras que no lo son; lo cual sucede de diversos modos. 1.º Cuando se intentan dos, una principal y otra accesoria, pues aquella perjudica á esta porque se trata primero de ella. 2.º Por razon de su contrariedad, v. gr. cuando se instaura una y luego otra contraria, pues no se admite esta por el perjuicio que causa á la otra. 3.º Por la de mayoría y preeminencia, v. gr. cuando se intentan dos civiles, una particular y otra universal, pues aquella cede á esta porque el juicio universal, como mayor, es preferido al particular; ó cuando la una es civil y la otra criminal, y esta absorbe en sí á aquella, y no de otra suerte, pues como que se debe ventilar primero la criminal por ser mayor, perjudica el curso de la otra. 4.º Por razon de despojo de alguna alhaja, pues mientras se trata de recuperar su posesion ningun pleito puede mover sobre ella el despojador al despojado. 5.º Cuando alguno intenta la accion de division de herencia diciendo que es coheredero, pues interin justifica serlo, si se lo niegan, no puede dividirse la herencia; y esta excepcion perjudica á la accion intentada. 6.º Cuando

* Entre las excepciones meramente perentorias pone Febrero las de prescripcion y de paga, que cuenta asimismo despues entre las mixtas ó anómalas. Ademas dice que son de esta clase todas las que acreditan que el demandante procede sin accion por no haberla tenido ó no tenerla ya; lo

cual puede decirse con toda verdad de las que coloca en la clase de meramente perentorias. Mejor fuera quitar de la division de las excepciones el miembro de mixtas ó anómalas, que en mi concepto menos que para dar claridad sirve para causar confusion. *Febrero reformado.*

intenta la de division de cosa comun, y se le niega ser comun la cosa cuya division pretende; pues primero debe probar que es dueño ó participante en ella, si no la posee, y usar de la reivindicacion, y luego que la obtenga en juicio pasar á dividirse. 7.º Cuando intenta la hipotecaria contra tercero poseedor, ó contra el fiador simple, porque si se le opondre la excepcion de la excusion en el principal obligado, debe hacerla primero, y esta perjudica á la accion. 8.º Cuando se opondre al actor la excepcion de excomunion mayor, de la cual se debe conocer antes que del principal negocio. 9.º Cuando no tiene accion ó no legitima su persona, ó se excepciona contra la del juez por incompetencia ó sospecha, de suerte que siempre que el reo intenta alguna accion como tal, ó por via de excepcion, de la cual debe tratarse antes que de la del actor, se llama *perjudicial*, porque detiene y perjudica su curso y conocimiento.

64. Explicada ya la naturaleza de todas las especies de excepciones pasaré á tratar 1.º del orden con que deben proponerse, 2.º del tiempo que para ello conceden las leyes. Empezando, pues, por las dilatorias debe saberse que la primera que ha de proponerse antes que todas las demas, es la declinatoria de fuero ó incompetencia de juez por defecto de jurisdiccion; pues de omitirla el reo se sujeta á él, le proroga la jurisdiccion en los casos en que puede prorogarse, y le constituye competente para conocer de las otras y del negocio principal; lo cual no sucede con la recusacion, porque esta requiere varias solemnidades, y á veces expresion y justificacion de las causas por que se hace, como se ha dicho. Asi que la declinatoria debe determinarse primero que todo, aun cuando exija mayor examen é indagacion: requiere especial y expresa declaracion, la cual no es precisa en otras excepciones, y de ella puede conocer el propio juez, sin que por esto se deba decir que lo es en causa propia; pues solamente se llama asi aquella de la cual se sigue daño ó provecho á alguno, y aqui ninguno se sigue al juez en declarar que es suya la jurisdiccion, y solo se amplía la de su oficio, debiendo esto entenderse, ya sea requirente ya requerido, especialmente si se controvierte entre partes.

65. Propuesta la declinatoria se impide el ingreso y curso del juicio, de tal suerte que el juez no pueda pasar adelante interin no se declare expresamente por competente, y se consienta ó ejecutorie el auto, y si procede sin esta declaracion expresa (pues no basta la tácita), es nulo el proceso. Si se pone la excepcion de litispendencia, de legitimacion de persona, ú otra

que impide el curso del juicio, de modo que recayendo declaracion sobre ella no puede expedirse el negocio principal, debe el juez hacerla expresa ó tácitamente. Cuando se opondrá alguna otra dilatoria, que admitida anula todo lo actuado hasta allí, debe definirse tambien incontinenti y no reservarse para el fin de la causa, á efecto de que esta no quede ilusoria, ni el reo sea vejado con expensas inútiles. Lo mismo se debe practicar cuando propone alguna perjudicial que de dejarse para definitiva se sigue gravamen irreparable por esta, y de lo contrario es nula la sentencia, como advierte Salgado. Pero sobre las demas excepciones no es necesaria declaracion expresa, excepto que el reo la pida; y lo que se practica es recibir el pleito á prueba sobre lo principal sin mencionar la excepcion, con lo que se desprecia tácitamente.

66. Si el reo forma artículo de no contestar y no pide que así se declare ante todas cosas, ni hace la protesta de contestar la demanda á su tiempo en el competente, siendo digna de contestacion y no de otra suerte, y el juez desprecia el artículo expresa ó tácitamente; ya no puede pretender término para contestarla por haberse pasado, en cuya atencion puede el juez recibir el pleito á prueba sobre lo principal, porque se tiene por contestada y por concluso para prueba; bien que no por esto se halla privado de articular y probar todas las excepciones perentorias que se dirijan á enervar y extinguir la accion del demandante, aunque no las haya expresado en la demanda. Pero si hace la protesta y pide declaracion expresa, no debe el juez recibir el pleito á prueba despreciando el artículo, sino mandarle que conteste dentro del término de la ley, y de lo contrario puede apelarse, como lo he visto observar.

67. Las excepciones perentorias deben oponerse despues de la contestacion (1), y de ningun modo se han de decidir hasta la sentencia definitiva que recaiga sobre el negocio principal absolviendo ó condenando al reo segun los méritos del proceso.

68. Las excepciones mixtas ó anómalas pueden oponerse antes ó despues de la contestacion, y á veces no solo antes de esta, como dilatorias, ó como mas haya lugar y puedan contribuir á la justificacion del artículo de no contestar que se forme, sino tambien despues en caso que aquel se desprecie y se man-

1 Mejor seria decir que se oponen en la contestacion, ó que se contesta con ellas; pues alegar, por ejemplo, el demandado que ha satisfecho la deuda, ó que se

obligó por haber usado el actor de dolo, no es otra cosa que contestar negativamente á la demanda. Febrero reformado.

de contestar al reo, por requerir mayor conocimiento, como lo he visto practicar. Si se oponen antes sirven para impedir el ingreso y curso del juicio, de modo que en caso de estimarse justas, se acaba; y si despues, para enervar la accion del demandante, que es el único fin á que se dirigen.

69. Si oponiéndose antes ofrece el reo probarlas incontinenti, que es el término legal, y las prueba, deben decidirse, á menos que requieran mas escrupuloso examen é indagacion, por ser intrincadas en el hecho (lo cual se deja al arbitrio del juez por no haber ley sobre esto), y no poderse liquidar brevemente, pues entonces se ha de reservar su decision para definitiva, segun ha de hacerse tambien cuando se ponen despues de la contestacion como perentorias. Pero si la duda y dificultad es de derecho, deben determinarse al punto: lo uno porque acerca de la disputa de derecho no cabe ni se requiere orden judicial, y siempre ha de ser una la determinacion del juez; y lo otro porque para el pleito que consiste en mero derecho no conceden término las leyes por no ser necesario hacer justificacion, y estar resuelto en él lo que el juez debe practicar. Lo mismo se ha de decir de las excepciones dilatorias concernientes á los méritos de la causa (1). (*)

70. Tambien se deben resolver ó definir antes de pasar adelante las relativas al proceso, que llaman *emergentes ó incidentes*, como si se ha de conceder ó no mas término, si se han de recibir ó no los testigos antes del probatorio, y otras semejantes.

71. Tratemos ahora del término que conceden las leyes para proponer las excepciones. Aunque una de partida (2) ordena que si el juez conociere ser la intencion del reo dilatar el pleito con las excepciones, puede fijarle término para que proponga juntas todas las que tenga, y no haciéndolo, que pase adelante; sin embargo otra ley de la Nov. Rec. (3) prescribe el tiempo en que deben ponerse. Segun ella, residiendo el demandado dentro de la jurisdiccion ó territorio del juez, de cuya orden se le emplazó, tiene nueve dias continuos y perentorios, contados segun la práctica inconcusa de los tribunales, desde el dia de la citacion ó emplazamiento exclusivo, para oponer y justificar las excepciones dilatorias, pasados los cuales no se deben admitir en calidad de tales ni por via de restitucion del pri-

1 Cap. 1. de *litis contest.* in 6.

* Es excepcion dilatoria concerniente á los méritos de la causa segun Carleval (num. 14. cit.) la de pedir el actor antes

del plazo estipulado.

2 Ley 9. tit. 3. Part. 3. verb. *Otrosi decimos.*

3 Ley 1. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

villegiado á quien competa, á menos que de no admitirse se le siga un grave perjuicio, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces con conocimiento de causa puede el juez admitirlas. Pero si se halla fuera de la jurisdiccion se cuentan los nueve dias desde el del siguiente al del último y perentorio término que el juez en consideracion á la distancia le hubiere asignado para comparecer (1).

72. Para alegar y proponer las excepciones perentorias de cualquier calidad que sean, prefine la ley otros veinte dias, los cuales empiezan desde que se concluyen los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos no debe admitirlas el juez, excepto que le parezca no oponerse de malicia, y que el reo lo jure asi, como tambien que hasta entonces no llegaron á su noticia, en cuyo caso no probándolas en el término que el juez le señale, ha de ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion, sin esperar á la definitiva, y sobre esta condenacion no se le debe admitir recurso, ni hay remedio alguno (2).

73. En la instancia en que se opusieron alguna ó algunas excepciones dentro del término competente, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, para que el pleito se reciba á prueba sobre ella, á no ser que quien la opone, pueda justificarla por escritura pública ó confesion de la parte contraria (3); ni tampoco articular en el interrogatorio sobre la que no se alegó antes, porque de permitirse esto quedaria indefenso el colitigante, por no haber probado contra ella á causa de ignorarle; y asi se practica.

74. Lo expuesto no tiene lugar en los que gozan del beneficio de la restitucion por entero, porque estos la tienen para poner y probar excepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder solo una vez con tal que sea antes de la conclusion para definitiva, pues en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (4). El juez debe suplir de oficio la excepcion que remueve la accion *ipso jure*, aunque la parte no la oponga. Por último si consiste en hecho, es preciso oponerla; y si en derecho, basta relacionar el hecho de que dimana, sin ser necesario expresarla.

1 Dicha ley 1. que dice: «contados del fin del término de la carta de emplazamiento.»

2 Ley 1. cit.

3 Leyes 1, 2 y 3. tit. 7. lib. 11. Nov. Rec.

4 Leyes 1 y 2, tit. 13. lib. 11. Nov. Rec.

APÉNDICE A ESTE TITULO.

Formulario de pedimentos ó demandas con sus correspondientes autos, sobre las principales materias contenidas en los libros primero y segundo de esta obra.

LIBRO PRIMERO.

SOBRE DOTES.

PEDIMENTO DE DOTE NO PROMETIDA.

1.º F., en nombre de N., vecino de esta ciudad, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la venia necesaria, digo: que habiendo mi poderdante casado legítimamente con M., hija legítima de F., de esta vecindad, como consta de la partida de casamiento que exhibo, no trajo aquella á su poder ninguna dote, ni ahora la tiene, con que pueda mi poderdante alimentarla y sostener las cargas del matrimonio; y mediante á que su padre está obligado á dotarla competentemente conforme á la calidad de su persona, hacienda que disfruta é hijos que tiene, por lo menos en tanta cantidad, que es la que puede tocarla de legítima:

A V. suplico, que habiendo por presentados dichos documentos, se sirva condenar á F. á que dote á su hija en la expresada cantidad, y la entregue á mi poderdante, otorgando el correspondiente instrumento de su recibo. Pido justicia y costas.

Auto. = Traslado.

PEDIMENTO DE DOTE PROMETIDA NO CONSTANDO DE ESCRITURA LA PROMESA.

2.º F., en nombre de N., vecino de esta villa, de quien presento poder ante V. como mas haya lugar en derecho, precedida la venia necesaria, digo: que habiendo mi poderdante contraído legítimo matrimonio con F., hija legítima de C., de este vecindario, segun acredita la partida de casamiento que exhibo,