

induciría su consentimiento y no podría retractarlo despues de pasado el término en que pudo apelar, pero habiéndolo hecho en tiempo oportuno, limitará el tribunal real la declaracion de la fuerza á la de no otorgar (si no hallare méritos para declarar la fuerza en el modo. (Si el juez eclesiástico hubiese admitido la apelacion en ambos efectos, podrá sin embargo, la parte agraviada usar del Recurso de Fuerza en conocer y proceder como conoce y procede, y si el tribunal declarase no haberla, podrá continuar y mejorar la apelacion ante el superior del mismo eclesiástico.» El señor Tapia en su Febrero Novísimo, dice sobre este particular. «El estilo que observan los letrados en esta especie de recursos es el de reclamar principalmente la fuerza contra el conocimiento en el modo, y subsidiariamente en el de no otorgar, pues por este modo se proporciona que cuando no tenga lugar la instancia en lo principal, lo tenga en lo accesorio.» Sin embargo de lo dicho, se observa que el recurso en el modo es mas rápido y menos costoso que el de no otorgar, ó como dice el señor conde de la Cañada en el lugar citado, es de primer orden, porque detiene todos los efectos del auto interlocutorio del juez eclesiástico de un modo perpétuo, y el de no otorgar, aunque induce igual suspension de los mismos autos por efecto de la apelacion que manda otorgar y reponer lo obrado, con todo no tiene esta suspension la misma permanencia porque es temporal y pendiente del fallo del juez superior eclesiástico, pues si entendiere por el conocimiento de la causa que los autos del inferior son justos, los confirmará y cesará desde entonces la suspension de sus efectos si su sentencia causa ejecutoria.

Procedimiento despues de preparado el recurso.

1761. *En los casos en que el eclesiástico negare la reposicion y la apelacion, se procederá en la forma que queda prevenida en el Recurso de Fuerza en conocer, hasta que vayan los autos al Tribunal Supremo ó á la Audiencia, art. 1129; esto es, segun lo prescrito en los arts. 1109 al 1115 inclusives, que hemos explicado al tratar del Recurso de Fuerza en conocer.*

1762. Cuando el juez eclesiástico ha remitido los autos, porque no estimó justo acceder á la reposicion y apelacion, puede hacerlo de todos ellos ó omitir la remision de alguna parte. En este último caso, si el recurrente lo manifiesta al tribunal, puesto que tiene que decidir si el eclesiástico hace ó no fuerza por lo que resulta del proceso, mandará espedir la real provision que se denomina de *autos diminutos*, para que el notario eclesiástico remita la parte que falta.

Si el recurrente hubiera manifestado que las diligencias recibidas en la superioridad eran las mismas que se habian practicado en el juzgado eclesiástico, ó no prueba la falta de las que propone, no se librá la provision, porque en caso de duda la presuncion está á favor de la autoridad eclesiástica, que debe creerse ha cumplido con su deber.

Si la parte ofrece prueba de la falta de parte del proceso, y no la practica dentro del término que el tribunal le señala, ó practicada, no resulta

ser suficiente, se la condenará en costas, y se pasará á la decision de lo principal.

Cuando el tribunal reconociendo los autos los halla diminutos ó advierte que en el juzgado eclesiástico no se han hecho las citaciones que son de derecho, no debe pasar á examinar y decide sobre si hay ó no fuerza, sino que proveerá declarando que *el proceso no viene por su orden*.

1763. Si el tribunal declarase que el eclesiástico *no hace fuerza por ahora* ó que *el proceso no viene por su orden*, opinan los escritores de diverso modo en la cuestion sobre si podrá ó no entablarse de nuevo el recurso supliendo la falta que se hubiera notado. El señor Covarrubias es de dictámen que cuando la declaracion del tribunal fuese por los autos mencionados, ó declarase no hacer fuerza por efecto de la falta de autos, podrá entablarse de nuevo el recurso, porque la declaracion fue nula en atencion al vicio del proceso; pero si la determinacion fuese favorable al actor ó apelante, la parte contraria no podrá acudir al tribunal que dió la providencia sobre la fuerza, porque como la admision de la apelacion, aunque sea improcedente no causa agravio irreparable, no hay términos hábiles para quejarse.

El señor Gonzalez Negro cree infundada la negativa del recurso al que no habia apelado y concesion al contrario, porque contra las decisiones del tribunal en los Recursos de Fuerza, dice, no se admite súplica ni ninguna otra clase de reclamacion. Mas aunque concedamos á este célebre juriscónsulto este último estremo, dicen los señores Goyena, Montalban y Aguirre, en su *Febrero Reformado*, juzgamos que la opinion del señor Covarrubias es acertada, y asi es práctica; porque para negar laalzada contra los autos que recaen en los Recursos de Fuerza, es necesario que estos se hayan dado en virtud de la vista del proceso, como previene la ley 2, tít. 2, lib. 2 de la Novísima Recopilacion; y como esto no sucede cuando está diminuto, claro es que la providencia debe quedar sin efecto, porque procedió de una base falsa.

1764. La doctrina espuesta cesa:

1.º Cuando la parte del proceso que faltaba no contenia actuaciones ni providencias, de las que pueden dar motivo á usar el Recurso de Fuerza *en conocer y proceder como conoce y procede*.

2.º Cuando el agraviado dijo estar completos los autos.

3.º Cuando en el primer recurso no obtuvo la provision de autos diminutos, y el notario eclesiástico da fé en el proceso de que está completo.

4.º Si no apareció de los autos la falta que se supone, desde luego que fueron remitidos del inferior.

1765. *En adelante remitidos los autos por el juez eclesiástico al tribunal Supremo ó la Audiencia, la sustanciacion de estos recursos, se acomodará igualmente á los trámites señalados para él en conocer por los artículos 1114 y siguientes. Esceptúase lo que en los mismos artículos se refiere al fiscal, cuyo ministerio solo intervendrá en los Recursos de Fuerza en el modo de proceder y en no otorgar, cuando los tribunales estimen convenientemente oírle; art. 1130: tal sucederá cuando la infraccion del procedimiento*

fuese de tal gravedad que rayara en abuso de autoridad, ó si aunque se entabla por la parte agraviada el recurso en *el modo*, hubiese motivo para dudar que el esceso consistia en la invasion de la jurisdiccion secular por conocer el eclesiástico de causa que no era de la competencia de la jurisdiccion eclesiástica, pues en tal caso, deben pasarse los autos cuando los devuelvan las partes, al fiscal, quien, como representante y defensor de la real jurisdiccion ordinaria, si viere que en efecto, hay esceso en conocer, deberá interponer el Recurso de Fuerza en *conocer*, y se suspenderá el curso del interpuesto por el agraviado, dando vista á las partes del nuevo recurso para que acudan á sostenerlo ó impugnarlo.

Por la práctica antigua se oía tambien al fiscal, cuando no venia bien preparado el recurso, ó no procedía, para que manifestara lo que fuera de enmendár ó suplir, ó que era aquel improcedente. La nueva ley no ha creído necesario oír en estos casos al fiscal, porque, como dice el señor Laserna, en sus *Motivos de la Ley*, se consideró que estas cuestiones eran todas de interés privado, que podian y debian ser solo ventiladas por los interesados, quienes podrian reclamar en su caso, la mala ó escasa preparacion del recurso, y que los tribunales en virtud de su oficio declararían la improcedencia de los que no hubieran sido debidamente preparados.

Respecto del fiscal y del juez del tribunal eclesiástico, inútil es decir, que siempre deberá dárselos parte y entrega de los autos, si se hubieren presentado á sostener la providencia que dió lugar al recurso, pues estos funcionarios en el recurso de que se trata, se presentan, no ya á sostener su jurisdiccion, sino á defender la justicia de sus providencias.

1766. *Dentro de los ocho dias siguientes al en que la visita hubiere terminado, dictará el Tribunal sentencia, la cual deberá limitarse á una de las dos siguientes declaraciones.*

1.^a *La de no haber lugar al recurso condenando en las costas al que lo interpuso y mandando devolver los autos al juez eclesiástico con la certificacion debida para que continúe en su sustanciacion.*

2.^a *La de que el juez eclesiástico, procediendo del modo que procede, ó no otorgando la apelacion (cuando el recurso fuere en no otorgar del que tratamos mas adelante) hace fuerza, y devolviéndole los autos con prevenccion de que los reponga al estado que tenian antes de cometerla, y de que alce las censuras, si las hubiere impuesto: art. 1131 de la Ley de Enjuiciamiento.*

Por la antigua práctica, en las decisiones finales de los Recursos de Fuerza en *el modo*, se acostumbraban á usar diferentes autos, segun que entendía de dichos recursos el Consejo ó las Chancillerías ó Audiencias. Cuando se seguian en el Consejo, y aparecia que las providencias del juez eclesiástico invertian el orden de proceder establecido por las leyes y cánones, el Consejo declaraba lisa y llanamente hacer ó no fuerza, el eclesiástico, por medio de una providencia llamada *auto medio*, que decia: *el juez hace fuerza ó no la hace en conocer y proceder como conoce y procede* cuyo auto envolvía el mandato de la reposicion ó no reposicion de la provi-

dencia comprensiva de la infraccion de los trámites judiciales, para volver á proceder observándolos ó seguir adelante en caso de no haber infraccion. Las audiencias formulaban otro *auto* llamado *condicional*, en el que declaraban, que «el juez eclesiástico, oyendo á la parte de nuevo, ó señalando término ó recibiendo el negocio á prueba, ó admitiéndole la escepcion que opone, y reponiendo todo lo hecho despues de la apelacion no hace fuerza, y se le remite el proceso, y no lo haciendo, la hace y otorgue la apelacion y reponga lo hecho.» Los antiguos espositores examinan latamente las mayores ventajas ó inconvenientes que ofrecian estos dos autos, como puede verse en el Tratado sobre los *Recursos de Fuerza*, del señor conde de la Cañada, Part. 1, cap. 9; pero como dice acertadamente el señor Alonso, en su obra sobre la misma materia, ambos autos venian á tener el mismo resultado, que era la reposicion de la providencia comprensiva de la infraccion, con la sola diferencia de que el Consejo, en el hecho de declarar la fuerza, mandaba que se efectuase aquella, y el de las Chancillerías y Audiencias dejaba al eclesiástico que lo hiciera por sí (lo cual era mas respetuoso en nuestro concepto), y solo tenia lugar el mandato cuando el mismo juez no reponia. Los redactores de la nueva ley, teniéndolo sin duda en cuenta esta igualdad de resultados han hecho desaparecer en ella las fórmulas del *auto medio* ó de *tercer género* del Consejo y del *condicional* de las Audiencias.

1767. Tampoco se hace mencion en la nueva ley de la providencia de *autos diminutos*, por la que, segun hemos dicho, cuando no se recibian los autos completos en el tribunal secular, se mandaba remitir la parte que faltaba; ni de la de *cuarto género*, por la que, cuando no venia debidamente preparado el recurso, se declaraba la «fuerza no hace estado,» ó «por ahora no hace fuerza el eclesiástico,» devolviéndose con la real provision en que se insertaba este auto los suyos al eclesiástico, ante el cual se podia desde luego apelar de la providencia en que se creyese hallar la fuerza, pedir la reposicion y protestar el uso del remedio protectivo, con lo que, si el eclesiástico no otorgaba ni reponia, quedaba preparado el camino para volver al mismo recurso de fuerza que anteriormente se habia declarado no venir en estado; ni tampoco menciona la nueva ley el auto llamado de *quinto género*, que tenia lugar cuando el tribunal secular encontraba diminutos los autos, sin haberse pedido provision para completarlos, ó cuando las partes no habian sido citadas y en que se decretaba; *el proceso no viene por su orden*. Mas de esta omision no debe inferirse que no pueda hacerse uso en el dia de tales providencias; pues, como dice el señor Laserna, en sus *Motivos* «hasta considerar que ninguno de estos autos tiene carácter definitivo, que son providencias de sustanciacion, y que en este concepto pueden dictarlas los tribunales. Si no se adoptó la nomenclatura antigua, fue porque sobre no ser necesaria, era embarazosa y hacia parecer complicado lo que realmente era sencillo.»

1768. *Dictada la sentencia y tasadas y reguladas las costas, cuando haya habido condena de ellas, se volverán los autos al juez eclesiástico*

con certificacion solo de la misma sentencia y de la tasacion en su caso: art. 1152. Se hace la devolucion de autos en ambos casos al juez eclesiástico, porque siendo él el competente para conocer de aquella causa, es á quien corresponde cumplir lo acordado por el tribunal secular, esto es, si declarase no haber lugar al recurso, continuando los procedimientos en el estado en que se hallaban cuando este se interpuso, y si se declaró haber lugar al recurso en el modo, mandando reponer los autos ó el procedimiento al estado que tenia al dictarse la providencia que motivó la fuerza, y alzando las censuras, pues si el juez eclesiástico se negare á alzar dichas censuras ó la fuerza, incurriria en la pena de inhabilitacion temporal, y si reincidiera, en la de inhabilitacion perpétua especial, segun se prescribe en el art. 505 del Código penal.

§ III.

Procedimiento en los recursos de Fuerza en no otorgar y en otorgar las apelaciones.

1769. El Recurso de Fuerza en no otorgar, es, segun ya hemos dicho, la queja elevada al tribunal secular competente contra el juez eclesiástico que entendiendo de causa de su jurisdiccion ó competencia, negó la apelacion procedente, interpuesta en tiempo y en forma debidos, ó la admitió en un solo efecto, procediendo en ambos, para que la admita lisa y llanamente, y reponga todo lo obrado, si hubiere llevado á efecto la providencia apelada, Véase el art. 1104 de la Ley de enjuiciamiento.

1770. Los prácticos controvierten sobre si la simple denegacion de la apelacion será bastante para poder usar del recurso, ó es menester que el juez haya llevado á ejecucion la providencia apelada. Fundándose los unos en que el agravio que á la parte se niega, no dimana de la sentencia sino de su ejecucion, creen que hasta que esta haya tenido lugar, no cabe la interposicion del Recurso de Fuerza en no otorgar. Juzgamos mas sólida la opinion contraria, y mas fundada en derecho. La ley 2, tit. 2, lib. 2 de la Nov. Recop., que es la principal y mas esplicita de esta materia, reconoce la fuerza de la negativa del remedio de la apelacion, en las palabras, «por cuanto asi por derecho, como por costumbre inmemorial, nos pertenece alzar las fuerzas, que los jueces eclesiásticos, y otras personas hacen en las causas que conocen, otorgando las apelaciones que de ellos legitimamente son interpuestas, etc.» Mas adelante explicando los extremos que debe abrazar el auto de los tribunales que conocen de la fuerza, manda «que si por él (proceso) les constare que la apelacion está legitimamente interpuesta, alzando la fuerza, provean que el tal juez la otorgue, porque las partes puedan seguir su justicia ante quien y como deben y reponga lo que despues de ella hubiere hecho.» En esta cláusula se observa que la parte principal de la providencia se refiere á la admision de la apelacion y como por incidencia á la reposicion de lo ejecutado si algo lo hubiese sido.

1771. De las sentencias definitivas apeladas, algunas solo admiten este remedio en un solo efecto, por lo que, si interpuesta, el juez solo manda cumplir la sentencia y admite la apelacion en el efecto devolutivo, dado caso que sea de las que pertenecen á esta especie, no tiene el apelante accion para interponer el Recurso de Fuerza en no otorgar.

1772. Las sentencias interlocutorias, por regla general, no son apelables, y por consiguiente, no tiene acerca de ellas lugar el Recurso de Fuerza en no otorgar, excepto en los casos en que por causar perjuicio irreparable ó tener fuerza de definitivas, se permite el uso de la apelacion.

1773. Este recurso necesita tambien preparacion, como el de *en el modo de conocer*. Esta preparacion consiste en pedir reposicion del auto en que se denegó la apelacion, apelando subsidiariamente y protestando si no se admite la apelacion, impetrar el real auxilio contra la fuerza. Si el juez insiste en lo decretado, se pide testimonio de esta providencia, procediéndose en la forma que previenen los artículos de la Ley de Enjuiciamiento 1109 al 1115 inclusives para el recurso en conocer, y se puede entablar el recurso en *no otorgar* segun disponen los artículos 1128 y 1129 de la ley que requieren igual preparacion para este recurso que para el *en el modo*.

1774. Algunos autores sostienen ser alguna vez admisible el recurso en no otorgar, sin preparacion, como si por la providencia comprensiva de la infraccion se determinó cosa cuya ejecucion, de no suspenderse inmediatamente, causara un daño irreparable.

1775. Respecto de la sustanciacion de este recurso, es la misma que la del *en el modo de proceder* que acabamos de esponer, segun lo dispuesto por los artículos 1150 y siguientes de la ley. Si la decision del tribunal secular fuere que hace fuerza el juez eclesiástico no otorgando la apelacion, deberá este admitir la apelacion que denegó, en los efectos en que proceda ó marcarse el juez secular.

1776. Aunque el recurso en no otorgar, se considera por algunos autores como una especie de los en el modo, ya por señalarse por la ley de Enjuiciamiento, los mismos trámites para la preparacion y sustanciacion de ambos, ya por versar sobre causa de la competencia de la jurisdiccion eclesiástica y por dar motivo á ellos la infraccion de las leyes del procedimiento, se diferencian no obstante por ser distintas las infracciones de los trámites que dan motivo á ellos y por los efectos que producen. Asi es que *el en el modo* produce la reposicion de los procedimientos; el *en no otorgar*, solo declara que ha debido admitirse la apelacion, y en lugar de retroceder el procedimiento, sigue adelante; aquel tiene lugar solo cuando se invierte el orden de proceder establecido por las leyes, y este se admite cuando se deniega la apelacion interpuesta de providencias que trastornan el sistema de la sustanciacion, aquel da causa á la reposicion, de suerte que el juez eclesiástico tiene que proceder por los trámites de la sustanciacion, y en el de no otorgar, si hubo fuerza, ha de admitir la apelacion y pasar el conocimiento del negocio al superior eclesiástico para ante quien se interpone esta.

1777. A esta misma especie de Recurso de Fuerza pertenece, según ya hemos indicado, el *en otorgar*, que se verifica cuando el juez eclesiástico admite la apelación que es improcedente según las leyes, ó la admite en ambos efectos, no procediendo más que en uno. Su preparación y sustanciación son iguales al *en no otorgar*, con solo las diferencias, respecto de la parte agraviada, de pedirse que se reponga el auto en que se admitió la apelación declarando que no procede, y apelando subsidiariamente de la negativa de esta solicitud, y de sostener en él la improcedencia de la apelación admitida; y respecto del juez eclesiástico, cuando el secular declara que ha lugar al recurso, de no remitir los autos al superior inmediato para que conozca de la apelación, por ser esta improcedente, y de pasar en su consecuencia á ejecutar la sentencia que pronunció.

TITULO XXIII.

De los juicios en rebeldía.

SECCION I.

HISTORIA Y FUNDAMENTOS DE ESTE JUICIO.

1778. Juicio en rebeldía es el que se sigue cuando el demandado no se presenta en juicio en virtud de la citación ó llamamiento judicial que se le hizo en debida forma, para que comparezca á defenderse, haciéndosele las demás citaciones y notificaciones en los estrados del tribunal, que se le señalan como procurador, y dictándose la sentencia según los méritos de los autos, como si estuviera presente.

1779. Este procedimiento se funda en razones de equidad y justicia, pues sería injusto que quedara en suspenso ó sin efecto la declaración ó realización de los derechos que tiene el demandante contra el demandado, por no comparecer este en juicio, dando motivo para presumir que procedía de mala fe y como contumaz y rebelde, para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, en el hecho de desobedecer los llamamientos judiciales.

1780. Así es, que este procedimiento se conoció ya desde muy antiguo. Entre los romanos, cuando se presentaba solo el demandante, señalaba el juez para comparecer al demandado un plazo de diez días; *primum edictum*; si no comparecía, se le hacían otras dos citaciones por igual plazo, y si tampoco producían efecto, se daba el edicto perentorio, por el cual se anunciaba, que después de otra nueva citación se dictaría sentencia definitiva, compareciese ó no el demandado, y cumplido el plazo, se pronunciaba sentencia de la que no podía apelar el condenado en rebeldía. Leyes 68 á la 73 del Digesto, *de judiciis et ubiquisque*. Valentiniano, en su Novela 12, dispuso, que cuando no compareciese el demandado, se le tratase como contumaz: *evocatus se cundum ordinem juris, sententiam excipiat contumacis*.

1781. Además, el derecho romano, cuando los demandados eludían las reclamaciones judiciales, ocultándose ó sustrayéndose á los actos necesarios para que pudiera entablarse contra ellos la acción, había adoptado otro medio de satisfacer de un modo espedito á los demandantes, el cual se derivaba del rigorismo primitivo usado contra los deudores, esto es, el de la *manus injectio* ó ejecución contra sus personas, los cuales eran entregados al acreedor para que se indemnizara con su trabajo de su crédito. Este medio fue las *misiones en posesion* de los bienes del deudor suficientes á cubrir el crédito ó reclamación del acreedor, pues no permitiendo á este las leyes de las Doce Tablas tener en su poder indefinidamente á su deudor, se le exigió en un principio, que lo vendiese á cierto tiempo, y posteriormente, templándose este rigor extremo, le concedía el magistrado, si conceptuaba su reclamación arreglada á justicia, la posesion y aun la venta de bienes del deudor, proporcionados al importe de aquella, si bien el demandado podía recobrar esta posesion acudiendo á defenderse y afianzando hacerlo. Véanse la ley 50, par. único, tit. 1, lib. 15, la 53, tit. 5, libro 16 del Dig., la 9, título 72, lib. 7 del Código, la Autent, *et qui jurat*, Cód. tit. art. la *Enciclopedia de derecho*, art. *Asentamiento*, y el *Tratado de las Acciones de Zimmern*, Part. 2, cap. 1, tit. 2, sec. 2; art. 1, y Part. 3, cap. 1, sec. 3, § 151, y el lib. 2 de esta obra número 520.

1782. Ambos medios se hallan también consignados en nuestros códigos. La ley 17, tit. 1, lib. 2 del Fuero Juzgo, hácia el fin, dispone que el juez ponga al actor en posesion de la cosa que pide al demandado si este se ocultare y no acudiere al llamamiento judicial, *salvo*, no obstante, *el derecho del que non apareció*. Las leyes de Partida establecen también este medio que denominan, vía de *asentamiento*, la cual según esplica la ley 1 del tit. 8, *es tanto como apoderar e asosegar ome en tenencia de alguna cosa de los bienes de aquel á quien emplaza*, y consistía en poner al actor á petición suya, en posesion de la cosa que reclamaba, cuando la acción era real, y en entregarle bienes equivalentes al importe de la deuda, cuando la acción era personal; y si trascurría un año en la acción real, y cuatro meses en la personal, sin presentarse el demandado á recobrar la posesion de sus bienes como podía hacerlo en juicio ordinario, el actor quedaba por verdadero poseedor y el demandado tenía solo el derecho de reclamar la propiedad; véanse las leyes 2, 4, 6 y 8 del tit. 8, y la 10, tit. 22, Part. 3. El ordenamiento de Alcalá en el tit. 6, ley única, introdujo alteraciones notables en estas disposiciones, siendo la principal la de reducir los términos de un año y de cuatro meses que aquellas concedían al demandado para presentarse á reclamar la posesion á los de dos meses en la acción real y uno en la personal. Esta ley fue incluida en la Nov. Recop., en la 1, tit. 5, lib. 11. Nuestras leyes y práctica posteriores rechazaron semejante medio, bien en consideración á su origen odioso y al excesivo rigor que en sí envolvía contra el demandado, bien por dejar en suspenso el derecho de posesion y abierta por un término indefinido la puerta al juicio de propiedad, multiplicando además las reclamaciones judiciales. Así, la ley 4, tit. 15, lib. 11 de la