

berá admitirse la prueba de testigos, confesion y demás de derecho que puedan practicarse en esta diligencia. Podrá en efecto acreditarse por testigos cuál ha sido la situacion de los linderos y que el propietario poseyó sin turbacion alguna la estension de terreno comprendida en ellos, ó hasta un término marcado, caso de no existir estos. Cuando no resulte la estension de las heredades por los documentos ni por los linderos, será de gran valor la declaracion de testigos ancianos conocedores del país y espertos en la materia que declaren haber poseido pacíficamente tal ó cual propietario, cierta estension de terreno como suya. La declaracion ó reconocimiento judicial de uno de los propietarios acerca de esta misma posesion pacífica por otro de los propietarios, tendrá fuerza eficaz á favor de éste. Los mojones antiguos merecen gran crédito y valor segun la ley 10, tít. 15, Part. 6.<sup>a</sup> que dice dictando reglas sobre particion de bienes: «E si fallare y mojones antiguos (el juez) por lo que pueda determinar (el desauerdo entre los herederos) debe y hacer aquello que entendiere que será mas ajustado, porque cada uno haya su derecho.»

Respecto de las escrituras, las de mas fuerza son las mas antiguas y las que se refieren á actos ejecutados por los mismos interesados en el deslinde ó por sus antecesores, entre las que debe ser preferida la que emanare del causante comun de los interesados en el deslinde y que esclarezca los derechos de ellos en punto á los linderos de las heredades. V. la ley 12 Dig. de Jur. Reg.

Por último, á falta de pruebas competentes, dice el señor Elizondo, pueden justificarse los linderos por medio de monumentos antiguos como zanjas y árboles, censos anteriores al pleito, autoridades de escritores, fama póstuma y otras circunstancias.

Para determinar la estension de cada propiedad, se estará á lo que resulte de los títulos, si son claros y terminantes, si fueren contradictorios, á la posesion, si no se determina en ellos la estension de las heredades, y no hay posesion, se dividirán estas por partes iguales; si los títulos dan mayor ó menor estension que la que tienen las heredades, se dividirá la mayor estension, ó se decrecerá la menor, á proporcion de la que determinare cada título. Véase el artículo *Amojonamiento*, seccion V, § 3.<sup>o</sup> de la *Enciclopedia de Derecho*.

143. Además de los dueños de los terrenos, podrán tambien concurrir á la misma diligencia del deslinde, si uno ó mas interesados lo solicitaren, peritos de su nombramiento ó elegidos por el juez, que conozcan el terreno y puedan dar las noticias necesarias para su deslinde: § 2.<sup>o</sup> del art. 1529. Esta disposicion que corrige la antigua práctica segun la cual se requería siempre la concurrencia de peritos, se funda en que produciendo el deslinde sus efectos por el avenimiento de los interesados en él, los peritos solo deben concurrir si ellos lo pidieren.

144. El juez con el objeto de conseguir la conformidad entre los interesados en la diligencia del deslinde, deberá con arreglo á los documentos presentados y pruebas practicadas ir resolviendo todas las dudas que ocur-

rieren á aquellos, y si por fin hubiese habido dicha conformidad, se extenderá una acta espresiva de lo que se haya hecho, esto es, de los limites asignados á cada heredad, de la cavida de estas, de los puntos donde se han fijado los mojones, de los reconocimientos practicados y de las observaciones que se hubieren hecho. Esta acta la suscribirán todos los concurrentes, y la autorizará el juez con su aprobacion: art. 1530. No se especifica claramente en este artículo, si será necesario para que tenga cumplido efecto el deslinde, que se conformen con él todos los interesados. Por la práctica anterior, cuando no se conformaba alguno, podia consignar la conveniente protesta, la cual se le admitia, sin perjuicio de seguir adelante las operaciones del deslinde. Mas los artículos 1533 y 1534 que espondremos mas adelante parecen contrarios á esta determinacion, puesto que la oposicion de uno solo basta para sobreseer en el expediente de deslinde.

145. El acta que se estienda se protocolizará precisamente, mandando se den á los interesados las copias que soliciten, autorizadas por el escribano en debida forma: art. 1531. La protocolizacion de que habla el artículo anterior se hará siempre en la escribanía del pueblo en cuyo término se hallare situado el terreno que haya sido objeto de la diligencia de deslinde: Si hubiere mas de una, en la que el juez designare. No habiéndola, en la de la cabeza del partido judicial que el mismo juez determine, que es lo mas regular sea la del que autorizó las diligencias de deslinde: art. 1532.

146. Si antes de practicarse la diligencia de deslinde se hiciera oposicion á cita por el dueño de algun terreno colindante, se sobreseerá desde luego en el expediente, reservando á las partes su derecho para que lo ejerciten en juicio ordinario, porque se ha hecho ya contencioso el asunto por la contradiccion de parte y no puede continuar conociéndose de él por acto de jurisdiccion voluntaria: art. 1533. Lo mismo sucederá en el caso de hacerse la oposicion en el acto de la diligencia de deslinde, si sobre el punto en que consista, no ha podido lograrse avenencia en el mismo acto: artículo 1534, puesto que hay tambien que ventilar una controversia contenciosa entre partes, impropia de la jurisdiccion voluntaria. En este caso, sin embargo, como se hallan reunidos los interesados, es mas fácil procurar una avenencia y evitar el litigio.

## TITULO VI.

### De las informaciones para dispensas de ley.

147. Las dispensas de ley son las concesiones de facultad ó título, ó esenciones de circunstancias ó formalidades, que se otorgan por el monarca mediante cierto servicio pecunario y en virtud de justa causa. Háselas denominado tambien *gracias al sacar*, porque se consiguen ó sacan por este servicio, á diferencia de las demás, que ni aun por este medio se obtienen. Tales son, por ejemplo, las emancipaciones de los hijos constituidos en la



patria potestad, la legitimacion por rescripto de los hijos naturales, segun los define la ley 1.<sup>a</sup>, título 5, lib. 10 de la Nov. Recop. la legitimacion extraordinaria para heredar y gozar de la nobleza de los padres; la dispensa de edad para administrar por sí mismos sus bienes los menores de 25 años, sin necesidad de la intervencion de su curador; la dispensa de ley para que las viudas que pasan á segundas nupcias conserven la tutela ó curaduría de sus hijos, pupilos ó menores; para suplir la falta de confirmacion de privilegios: la dispensa de formalidades en los oficios renunciables; para conceder facultad á los propietarios de oficios públicos enagenados para que nombren tenientes ó servidores; para examinarse de alguna facultad ó profesion en lugar distinto del designado por la ley; para habilitar á clérigos que sean abogados para despachar asuntos civiles, y asimismo, toda dispensa que altere las condiciones reglamentarias de los citados oficios y profesiones ú otros semejantes: ley de 14 de abril de 1838.

148. Para la tramitacion de los espedientes sobre dispensas de ley, se observan con anterioridad á la de Enjuiciamiento las reglas prescritas por la real orden de 19 de abril de 1838: pero no siendo completas ni aplicables á toda clase de dispensas, se habia tratado de suplir las que faltaban por la práctica, que no era siempre constante ni uniforme. La nueva ley ha tratado de proveer á estos inconvenientes con sus prescripciones, en las que adopta muchas de las anteriores y á que tambien sirven otras que omite de complemento.

Anteriormente, y segun los arts. 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> de la real orden de 19 de abril, podian los que solicitaban alguna de dichas dispensas acudir directamente á la Audiencia territorial respectiva, presentando en ella la solicitud á S. M. y los documentos en que la fundaban, y asimismo podian presentar sus solicitudes al gobierno, quien las dirigia por la secretaria de Gracia y Justicia á la Audiencia bajo simple cubierta. La Audiencia en ambos casos dirigia estas solicitudes al juez de primera instancia competente para que conociera de ellas, el cual terminado su conocimiento, las devolvía á la Audiencia, y ésta, hallando completa su instruccion, la elevaba al gobierno con su informe y el del fiscal para que pudiera conceder la gracia.

149. Mas en el día, segun los artículos 1335 y 1336 de la Ley de Enjuiciamiento, *no podrán recibirse las informaciones que tengan por objeto una dispensa de ley por el juez de primera instancia del domicilio del que la solicite, que es el competente para ello, sino en virtud de real orden, comunicada al mismo por su superior correspondiente.* En su consecuencia es hoy necesario acudir directamente desde un principio al soberano, que es á quien incumbe apreciar si procede la dispensa que se pide por ser conforme á las leyes, y darle curso en su consecuencia, ó si por la inversa no debe dársele por ser contraria á aquellas. Con este procedimiento se evitan los gastos y dilaciones consiguientes á la formalizacion del espediente, en el caso de que el gobierno juzgue ser improcedente la concesion de la dispensa solicitada.

150. En la solicitud que se presentare deberán espresarse los motivos

justos y fundados que militan para pedir y que se conceda la dispensa, puesto que, segun el art. 2.<sup>o</sup> de la real orden de 14 de abril, para ello deberán concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente.

El gobierno, si encuentra que la dispensa que se pide se refiere á gracias dispensables segun la ley, manda instruir sobre ella el oportuno espediente fijando los extremos que se deben acreditar en cada caso; incoado el espediente, se espide una real orden para que se reciba la debida informacion por el juez competente, sobre los fundamentos en que se apoya la solicitud. Esta real orden se comunica por la secretaria de Gracia y Justicia al regente de la Audiencia territorial de la provincia donde se hallare domiciliado el solicitante, y el regente la comunica al juez de primera instancia de dicho domicilio.

*Recibida en el juzgado la real orden, se procederá á darle cumplimiento, haciendo saber al que le haya obtenido, de la informacion que se requiera sobre los hechos en la misma real orden prevenidos:* art. 1337. Esta informacion deberá versar sobre los extremos que se espresan deber acreditarse en la real orden que se espidió, y que como dice el señor Laserna en sus *Motivos de la ley*, da la pauta á que debe sujetarse la informacion.

Segun lo prescrito en la real orden de 12 de abril de 1839 que creemos aplicable al nuevo procedimiento, en el caso de dispensa de la ley para que las viudas que pasan á segundas nupcias conserven la tutela de sus hijos, se exigirá justificacion de la conducta moral, capacidad, profesion ó condicion civil de la madre, tutora ó curadora, y de la persona con quien se hubiere casado ó tratase de casarse; se acreditará la edad de ambos y la de los pupilos ó menores; el importe, clase, naturaleza y valor de los bienes de los pupilos ó menores; de la madre y del nuevo ó futuro consorte; y se oirá el dictámen de la persona que á falta de madre deberia entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á derecho, entregándole al efecto el espediente.

151. *Estas informaciones se recibirán siempre ante escribano y con citacion del promotor fiscal:* art. 1338, lo cual se funda, en que indudablemente es de interés público que no se concedan dispensas no autorizadas por las leyes, y de consiguiente conviene que haya quien vigile, bajo este concepto, porque se proceda legalmente en las justificaciones. Antes solo se requeria la intervencion del fiscal en la Audiencia, pero es tanto ó mas necesaria en el juzgado inferior, por ser donde se practican las diligencias informativas, en virtud de las cuales, se decide el asunto. Por esta razon el promotor deberá asistir, no solo al juramento de los testigos, sino al exámen de los mismos. En el art. 3.<sup>o</sup> de la real orden de 19 de abril se facultaba al juez por la razon que acabamos de esponer para recibir ó practicar justificaciones de oficio.

152. Para procurar tambien toda legalidad en estas informaciones, evitando que se presenten testigos con nombre supuesto, como podria verificarse fácilmente, si se atiende á que en este acto no hay persona particular que tenga interés inmediato en que se efectúe con toda legalidad, dispone el art. 1339, que *el escribano dará fe precisamente de conocer á los tes-*



tigos. Si no los conociere, exigirá que dos respondan del conocimiento de cada uno de ellos, y suscriban las declaraciones de los que se encuentren en este caso. Mas si la parte no pudiere presentar estos dos testigos de conocimiento, será aplicable á este caso lo prescrito sobre informaciones para perpétua memoria en el art. 1365, á saber, que se traiga un documento bastante á comprobar la identidad de sus personas, que podrá ser la cédula de vecindad, etc.

153. Con igual objeto de quitar todo camino á la mala fe y por la misma razon de afectar estos asuntos al interés público, si hubieren de compulsarse documentos, será indispensable para ello la concurrencia del promotor. En el caso de no compulsarse íntegros, deberá el promotor asegurar bajo su firma en la diligencia que se estienda, que en la parte que se omite no hay nada contrario á lo de que se ponga testimonio, ni que lo modifique: artículo 1340; así se evitará que solo se tome la parte del documento que sea favorable, omitiéndose la desventajosa, ó que se deje lo que pudiera servir de modificacion esencial á lo que se espusiere.

154. Dada la informacion, se entregará al promotor para que emita por escrito su juicio sobre ella: art. 1341, esto es, no solamente sobre la forma en que se practicó sobre si adolecen ó no de algun defecto de nulidad ú otros que deban enmendarse las diligencias en que consiste, ó si aparecen omisiones notables que deban suplirse, sino tambien sobre el fondo del asunto, á que afecte ó sea aplicable el resultado de la informacion. En el escrito que formule deberá el mismo promotor consignar esplicita y terminantemente si se halla acreditado en la forma prevenida el conocimiento de los testigos que hayan declarado: art. 1342, ó si no resultare así, para que conste y se tenga en cuenta en la apreciacion de la fuerza de sus declaraciones, ó para que si hubiera sido efecto de olvido, lo supla el escribano, poniendo fe de este conocimiento.

155. Evacuada la audiencia del promotor y no teniendo que practicarse diligencia alguna en su consecuencia, pues de lo contrario se procederá á su práctica, el juez consignará en seguida su dictámen sobre la misma informacion, y remitirá el espediente á su superior inmediato: esto es, al regente de la Audiencia territorial: art. 1343. En el informe se explicará el resultado de las informaciones ó diligencias practicadas con aplicacion á los hechos de la solicitud que las motivó, y las razones y fundamentos de derecho que se deducen en su consecuencia para concederse ó no la dispensa solicitada.

156. La Audiencia oirá al fiscal; consignará tambien su dictámen en el espediente y lo remitirá al gobierno para su resolucion: art. 1344. La Audiencia, dice el art. 4.º de la real orden de 19 de abril que creamos conforme con el anteriormente citado, oyendo al fiscal, examinará si el espediente se halla debidamente instruido; no estándolo, ampliará convenientemente la instruccion, y cuando ésta se halle completa, elevará igualmente original el espediente al gobierno, con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y parezca. Y en efecto, tanto el fiscal como la

Audiencia deben examinar si hay defectos sustanciales en la instruccion del espediente, debiendo en tal caso repararse ó suplirse, aun cuando fuera necesario para ello devolver el espediente al juzgado de primera instancia. Este procederá en tal caso segun las reglas enunciadas, estendiendo nuevo informe sobre el resultado de las nuevas diligencias y la audiencia volverá á oír al fiscal y á dar nuevo dictámen.

157. La tramitacion que llevamos espuesta se refiere solo al caso en que no fuere necesario oír en este espediente mas que al solicitante. Pero en ciertos casos hay que oír á terceras personas que tienen interés directo en la resolucion de la solicitud en sentido negativo por causarles perjuicios atendibles su concesion. En tales casos, suele prevenirse en la real orden en que se manda recibir la informacion, que se oiga á la persona interesada. En su consecuencia, se previene en el art. 1345, que si se hubiere mandado hacer la informacion con citacion de alguien, se le oirá, si citado, solitare la entrega del espediente: art. 1345. Esta audiencia debe concederse por un breve plazo y tener cierto carácter instructivo, para que no degenerare en acto de jurisdicción contenciosa; y por eso decia el art. 3.º de la real orden de 19 de abril, que el juez debia oír por via de instruccion y sin figura de juicio á las personas ó corporaciones que pudieran tener interés en el asunto. Tambien se admitirán á la parte que solicitare el espediente los testigos y documentos que presentare sobre los hechos objeto de la informacion: art. 1345, teniendo presente sobre esto lo prescrito en los artículos 1339 y 1340, pues deben concederse iguales medios de procurar por lo que les interesa y con las mismas precauciones, tanto al que solicita la dispensa, como aquel á quien perjudica.

158. Adviértase que aunque el art. 1345 impone al juez en este caso la obligacion de citar á la persona interesada en que no se conceda la gracia, no le obliga á darle audiencia, si ella no solicita la entrega del espediente, lo cual se funda en que cada uno puede renunciar á lo que le es favorable, y la autoridad pública no está en el deber de impulsarle á que mire por lo que le interesa, si se hallase en edad en que se goza de completo discernimiento.

159. Por la razon contraria, dispone el art. 1346, que en el caso de ser menor la persona mandada citar, será indispensable su audiencia, pues pudiendo perjudicarse por falta de discernimiento, tienen las autoridades el deber de mirar por lo que le interesa. Para ello, procederá el juez á nombrarle curador para pleitos, si careciese de padres ó guardadores que le representen en este caso. El objeto de esta medida es que pueda presentarse á tomar el espediente y á alegar en nombre del menor lo que convenga á los intereses de éste. Lo mismo debe entenderse respecto de los incapacitados.

160. Pero no es indispensable para que el juez pueda oír á una persona que se la mande citar en la real orden. Basta que acredite tener interés en aquel espediente ó inferírsele perjuicio con la concesion de la gracia solicitada; pues ha podido acontecer que por la simple solicitud no se hubiese venido en conocimiento de que perjudicaba á aquella persona ó que el no



haberse mandado su citacion haya sido efecto de un mero olvido. Por eso dispone el art. 1347, que *si pendiente una informacion mandada recibir sin citacion, se presentare alguna persona oponiéndose á la dispensa para que se recibe, se le oirá, si tuviere conocido y legitimo interés en resistirla*: artículo 1347, pues no seria justo autorizar para poner obstáculos y dilaciones á la concesion de la gracia por infundados ó efimeros perjuicios. Por tanto deberá el opositor acreditar aquel extremo debidamente al presentarse reclamando, y si el juez opina que el interés que tiene es conocido y legitimo, dispondrá que se le entregue el espediente, segun se previene para caso análogo en el art. 1354.

161. *De lo que espusiere cualquiera de los que debieran ser oídos en estos espedientes, se dará conocimiento al que haya promovido la informacion, y al promotor fiscal, para que esponga lo conveniente*: art. 1448, para lo cual les señalará el juez el término que crea necesario, segun la importancia del caso, pero siempre deberá ser breve.

162. *Unidos al espediente los escritos que se hayan presentado, los remitirá al juez en la forma antes prevenida*: art. 1449, esto es, al regente de la Audiencia territorial para que oiga al fiscal, consigne su dictámen y remita el espediente al gobierno; que es quien debe decidir siempre si ha ó no lugar á la dispensa de la ley ó concesion de la gracia que se solicita, pues esta oposicion no produce ó constituye una cuestion contenciosa, un juicio que como tal deban decidir los tribunales que son los encargados de la administracion de justicia, sino que participa mas bien del carácter informativo ó de reclamacion sobre las que el gobierno tiene facultades para determinar atendíendolas ó desechándolas.

## TITULO VII.

### De las habilitaciones para comparecer en juicio.

163. Las habilitaciones para comparecer en juicio son las declaraciones de aptitud que para este efecto hace el juez cerca de ciertas personas que no la tienen, no ya por falta de capacidad, sino por el respeto que deben á personas de su familia, que tienen la mision de representarlas en juicio, cuando estas no pueden ó no quieren hacerlo. Tales son los hijos de familia, y la mujer casada.

164. Y en efecto, segun ya dijimos en el § 2, tit. 1, libro 2 de esta obra, la ley 11, tit. 17, Part. 4, prohibe al hijo de familia comparecer por sí en los juicios que tuviere que promover ó que le fueren promovidos por cualquier persona, mientras se hallare bajo la patria potestad, bien fuese menor ó mayor de edad, puesto que segun nuestras leyes, la mayor edad no exime del poder paterno. En tales casos, debe presentarse por él su padre, que es en quien se halla refundida su personalidad. Véase el número 44 del lib. 2.

165. Asimismo, respecto de la mujer casada, le está prohibido comparecer en juicio sin licencia general ó especial de su marido, que es quien debe representarla en él por la obligacion en que está de defenderla judicial y estrajudicialmente; leyes 11 y 12, tit. 1, libro 10, Nov. Rec. Véase lo dicho en los números 46 y 48 del libro 2 de esta obra.

166. Nuestras antiguas leyes contienen tambien otra prohibicion relativa para comparecer en juicio, á saber: la de que no pueda el hijo de familia, que está en la patria potestad, demandar á su padre, bien, como dice la ley, por el *debo de la naturaleza é del señorío que sobre él há, é otrosi, porque vive con él de consuno*, bien porque considerándose como una misma persona el padre y el hijo constituido en su potestad, no pueden nacer acciones entre ellos, mientras permanezca este vínculo; ficcion jurídica que solo cesa cuando hay intereses encontrados entre el padre y el hijo, porque entoces, estos se consideran como dos personas jurídicas; v. g., cuando tiene que demandar el hijo al padre por razon de los peculios castrense ó cuasi castrense, y en los demás casos espuestos en el número 45 del libro 2 de esta obra. En este último caso, debia el hijo impetrar para litigar con su padre la *vénia* judicial, lo cual se practicaba por medio de la fórmula que se ponía en la misma demanda, *prévia la vénia en derecho necesaria*. Véase la ley 4, tit. 6, Part. 3.

167. Los intérpretes esponen otra prohibicion análoga á la anterior, respecto de la mujer, fundados en la ley 5, tit. 2, Part. 3, que prohibe á esta demandar á su marido, *porque entre ellos debe ser siempre muy verdadero amor et grant avenencia*, no obstante referirse esta ley mas bien á las acciones criminales que á las civiles, segun dijimos en el número 46 del libro 2 de esta obra, y fundados tambien en las leyes de Toro 55 y siguientes, que prohiben á la mujer comparecer en juicio sin licencia del marido, la cual puede suplir el juez, deduciendo en su consecuencia, que la mujer necesita la licencia judicial para mover pleito á su marido sobre asuntos dotales, alimentos y otros semejantes.

168. Mas la nueva ley de Enjuiciamiento, en su artículo 1356, ha dispuesto que *no necesitan de habilitacion el hijo ni la mujer casada para litigar con su padre ó marido*, en los casos, en que segun las leyes civiles pueden hacerlo, constante matrimonio ó durante la patria potestad; pudiendo en su consecuencia, entablar directamente la demanda ante el juez, quien deberá admitirla ó desecharla, segun que se refiere ó no á aquellos casos, y si la admite, y los demandantes fueren menores, les proveerá de curador para pleitos si no lo tuvieren.

169. Pero cuando se niega á representar en juicio el padre á su hijo, ó á dar licencia el marido á su mujer, ó si no pudieren hacerlo, no siendo justo que estas personas sufran perjuicios que á veces serian irreparables, por aquellos motivos ha facultado la ley al juez para suplir esta falta por medio de la habilitacion que les concede para litigar. Asi se halla consignado en nuestras leyes, entre otras la 7, tit. 2, Part. 3, y la 15, tit. 1, libro 10 de la Nov. Recop., lo cual se ha confirmado por la nueva ley de Enjuiciamiento